

Göteborgs Universitet
Juridiska Institutionen
Uppsats för tillämpade studier på jur. kand. - programmet
20 poäng
Handledare: Gösta Westerlund
Av: Jennie Söderberg

ETT NEJ ÄR ETT NEJ?

våldtäktsbrottets utformning och problematik

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

INNEHÅLLSFÖRTECKNING	1
INLEDNING - BAKGRUND	3
1. REFORMEN, LAG 1984:399.....	4
1. 1 HISTORISK BAKGRUND	4
1. 2 LEGALITETSPRINCIPEN	6
2. SÖDERTÄLJEFALLET, NJA 1997 S 538	6
3. RISSNEMÅLET, SVEA HOVRÄTT B 3935-00.....	7
4. LAGENS UTFORMNING	8
4. 1 DEFINITION SAMLAG	8
4. 2 TVÅNGET.....	9
4. 3 VANMAKT	11
4. 4 SKILLNADEN MELLAN 6:1 OCH 6:3 BRB	12
4. 5 SUBJEKTIV TÄCKNING	13
5. LAGEN TILLÄMPAD PÅ RÄTTSFALLEN	14
5. 1 SÖDERTÄLJEDOMEN - ANALYS	14
5. 2 TOLKNINGAR AV SÖDERTÄLJEDOMEN	17
5. 3 RISSNEDOMEN – ANALYS	17
6. KAN EN KVINNA SOM ÄR FULL BLI VÅLDTAGEN?	18
7. FREKVENNS	20
7. 1 VÅLDTÄKTSBROTTLIGHET	20
7. 2 ALKOHOL I SAMBAND MED VÅLDTÄKTER OCH GRUPPVÅLDTÄKTER	22
7. 3 BEHOV AV LAGÄNDRING	23
8. SAMTYCKE ELLER TVÅNG?	24
8. 1 FÖRDELAR.....	24
8. 2 NACKDELAR.....	27
8.3 KOMMITTÉNS INSTÄLLNING	30
9. KOMMITTÉNS FÖRSLAG TILL NYTT 6 KAP BRB.....	33
9.1 LÄGRE GRAD AV TVÅNG.....	34
9.2 GRÄNSEN MELLAN 6:1 OCH 6:3 BRB.....	36
9.3 VANMAKT OCH HJÄLPLÖST TILLSTÅND	38
9.4 SEXUELL HANDLING.....	39
10. SAMMANFATTNING	42
LITTERATURFÖRTECKNING	43
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	45

INLEDNING - BAKGRUND

Den 4 juni år 1998 beslutades vid regeringssammanträdet att en översyn av bestämmelserna om sexualbrott behövdes. Kommittén som tillsattes antog namnet Sexualbrottskommittén och i mars 2001 blev arbetet klart och deras betänkande publicerades.¹ I anslutning till detta betänkande skrivs denna uppsats.

Kommitténs direktiv innefattade bland annat att utreda om det nuvarande kravet på tvång med våld eller hot för vissa sexualbrott borde tas bort. Och om inte, vilken grad av tvång som borde krävas för de olika sexualbrotten.²

SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR

Min uppsats har för avsikt att utreda och besvara de frågor som gäller kravet på tvång vid våldtäkt. Jag har dock valt en utgångspunkt som är något snävare än Sexualbrottskommitténs - nämligen hur det nuvarande kravet på tvång förhåller sig till situationer där offret varit berusad. De *centrala* frågeställningarna är således:

- Kan en kvinna bli våldtagen, även om hon är full?
- Hur ser tvångsbegreppet ut enligt gällande lagstiftning?
- Var går gränsen mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande?
- Fördelar och nackdelar med en våldtäktsbestämmelse baserad på samtycke?
- Finns det ett behov av lagändring och hur bör den i så fall utformas?

Uppsatsen vill visa på svagheten med gällande sexualbrottslagstiftning och tillämpningen av den vid situationer där en kvinna, frivilligt berusad, utsätts för ett sexuellt övergrepp. Det rör sig om tillfällen när något större mått av våld eller hot inte behövts beroende på hennes berusning samt situationer där aktivt motstånd inte förekommit, gränsfall med andra ord.

AVGRÄNSNING OCH DISPOSITION

Uppsatsen begränsas till våldtäkter begångna av män gentemot kvinnor eftersom 90 % av alla sexuella övergrepp sker av män mot kvinnor som offer.³ Straffsatser och vård eller behandling av dömda sexualförbytare utelämnas likaså.

Jag kommer att behandla både vanlig våldtäkt och gruppvåldtäkter, men berörd praxis har sin utgångspunkt i gruppvåldtäkter för det är i dessa uppmärksammade mål som konsekvensen av gällande lagstiftning kan te sig särskilt stötande. Det är inom företeelsen gruppvåldtäkt, där varje möjlighet till jämlik kamp saknas, som den manliga våldtäktsideologin är mest tydlig. Numeriskt överläge kan ses som ett bevis på brutal avsikt.⁴ Uppsatsen bygger dock på att utreda om en förändring av lagtexten behövs även för situationer där endast en man varit inblandad och offret varit berusad.

METOD

Jag har med hjälp av kommitténs nypublicerade betänkande, praxis, förarbeten och litteratur om sexualbrott arbetat för att besvara frågeställningarna. Men även personlig kontakt med människor som arbetar med sexualbrottsfrågor har varit till stor nytta för att kunna lösa problematiken kring gällande sexualbrottslagstiftning.

¹ SOU 2001:14

² Dir.1998:48

³ Prop. 1997/98:55 s. 33

⁴ Brownmiller s. 183

1. REFORMEN, lag 1984:399

Straffbestämmelserna om sexualbrotten genomgick en omfattande reform under början av 80-talet och ändringarna trädde i kraft den 1 januari 1984.⁵ Skäl för en reformering var att bestämmelserna om sedlighetsbrott, som de tidigare kallades, präglades av en äldre tids moralföreställningar. Målet med reformen var att ändra bestämmelsernas utformning och innehåll då de grundade sig på en diskriminerande kvinnosyn.⁶

1. 1 Historisk bakgrund

I tidernas begynnelse lär knappast några sexualbrott ha funnits och heller ej några kärnfamiljer. Men när människan började producera mer än vad hon förbrukade började äganderätten göra sig gällande. Mannen utvecklades till det dominerande könet, både i ekonomisk och i social mening. Kvinnan däremot blev en handelsvara som kunde bytas mot vapen eller boskap.

Även den svenska sexualbrottslagstiftningen har sin bakgrund i äganderätten. Kvinnan var mannens egendom, först faderns och sedan den äkta mannens. Som våldtagen och skändad var hon en värdelös vara och bytesobjekt. Våldtäkt och andra sexualbrott ansågs riktade mot äran och den kollektiva friden och det var mannens ära och ordningen i samhället som var de egentliga skyddsintressena.⁷

Synen på kvinnan exemplifieras bäst genom den gamla Gutalagen som sa: ”Tager du kvinna över ankel, böta en mark. Tager du mellan knät och vaden, böta åtta örtugar. Tager du ovan knät, böta fem örtugar. Tager du högre upp då är det skamliga greppet och heter en dåres grepp. Där gälla inga penningböter, de flesta tåla när det kommit därhän.” Bötesbeloppet sjunker således ju högre handen trevar tills man inte behöver böta något alls.⁸

I 1734 års lag fanns inte någon speciell avdelning för sedlighetsbrotten utan dessa återfanns på ett flertal olika ställen i Missgärningsbalken.⁹ När 1864 års Strafflag kom infördes ett särskilt kapitel om sedlighetsbrott men våldtäktsbrotten ansågs i första hand straffbara för det våld som utövades och hänfördes till kapitlet emot annans frihet. Det var inte förrän 1953 som våldtäkt fördes över från rubriken frihets- och fridsbrott till rubriken sedlighetsbrott. Innan dess dömde domstolen enbart efter graden av våld i handlingen.¹⁰

Brottsbalken trädde i kraft år 1965. Även om det var en nyhet att sedlighetsbrotten skulle betraktas som brott mot person för ändå begreppet sedlighetsbrott tankarna till att det rör sig om handlingar eller beteenden som strider mot den allmänna moralen. Lagstiftningen avsåg således inte bara att ge skydd till individer mot sexuella övergrepp, utan även att i viss mån styra människors sexuella beteenden i övrigt. Detta även vid frivilligt deltagande. Som exempel kan nämnas att homosexuella handlingar mellan vuxna individer var straffbelagda fram till år 1944 och att åldersgränsen för två personer av samma kön att ha sexuellt umgänge med varandra blev densamma som för heterosexuella först år 1978.¹¹

⁵ Prop. 1983/84:105, SFS 1984:399

⁶ Holmqvist m fl. s. 253

⁷ SOU 2001:14 s. 107

⁸ Boethius s. 21

⁹ SOU 1976:9 s. 28

¹⁰ Boethius s 22, SOU 1953:14 s. 128

¹¹ SOU 2001:14 s. 107

I slutet av 60- talet och början av 70-talet sker vad många skulle kalla ett trendbrott angående synen på sexualiteten. Man talar om den sexuella liberalismen.¹² I anslutning till denna tillsattes i november 1971 en kommitté för en översyn av sedlighetsbrotten.¹³ Deras betänkande publicerades i mars 1976 och möttes av våldsam kritik, främst i de delar som rörde utformningen av bestämmelserna om våldtäkt.¹⁴ Ledamöterna själva var helt oförstående inför kritiken. Man menade att denna långtgående mildring av regelsystemet låg i tiden och att anse att alla våldtäkter skall bedömas lika byggde i sig på en föråldrad kvinnosyn.¹⁵ Att den ökade öppenheten och kunskapen om sexualitet hade lett till en minskad benägenhet att fördöma människor p g a deras sexuella handlingar.¹⁶

Utan att allt för detaljerat gå in på deras betänkande bör nämnas att vad kommittén framförlit kritiserades för, var att de gjorde en skillnad mellan överfallsvåldtäkter och ”våldtäkter” där en sexuell atmosfär byggts upp. I det senare fallet gjordes kvinnan medansvarig då hennes handlande före övergreppet medförde att brottet bedömdes som mindre allvarligt. Ett nej var inte längre ett nej! Det är egentligen här *kärnan* i problemet ligger. Även om kommittén bemöttes av kritik från jurister, kom de stora protesterna från kvinnorörelserna. Debatten som fördes och fortfarande förs är framförlit av ideologisk karaktär. Vi har *olika uppfattning* om våldtäktsbegreppet och det råder även idag ett spänningsförhållande mellan juridiken och det allmänna rättsmedvetandet. Ska våldtäkt förutsätta tvång eller ska bristen på samtycke vara avgörande? Frågan utvecklas längre fram under arbetet (avsnitt 4, 2, 6 och 8) men det är intressant att se att rätten redan här krockar med opinionen.

Eftersom sexualbrottskommitténs förslag förkastades i sin helhet beslöt regeringen att tillsätta en ny kommitté som avslutade sitt arbete under våren 1981.¹⁷ Deras betänkande lade sedan grunden till 1984 års reform. Kort sammanfattat innebar reformen att rubriken i 6 kapitlet Brottsbalken ändrades från sedlighetsbrott till sexualbrott.¹⁸ Våldsbegreppet gjordes könsneutralt och våldtäktsbrottet omfattade, förutom samlag, sexuellt umgänge som var jämförligt med samlag.¹⁹ För att handlingen skulle vara jämförlig med samlag fordrades dock att den hade för avsikt att tillfredsställa gärningsmannen.²⁰ Reformen innebar också att omständigheter som föregått ett sexuellt övergrepp inte längre skulle tillmätas någon rättslig betydelse. En kvinna skulle kunna bli våldtagen oberoende av parternas relationer. Tidigare rättspraxis visade att domstolen valde en mildare brottsbeteckning om parterna tidigare hade haft en sexuell relation till varandra, eller om kvinnan följt med en man till hans bostad eller endast klivit in i hans bil.²¹ Att domstolarna dömde som de gjorde är föga förvånansvärt. Synen på offrets ställning i våldtäktsmål var en helt annan än övriga brottmål. Det finns undersökningar från 60- talet som visar att offret är ”some what to blame” att

¹² SOU 1981:64 s. 12

¹³ SOU 1976:9 s. 3

¹⁴ SOU 1981:64 s. 7

¹⁵ SOU 1981:64 s. 7

¹⁶ SOU 1976:9 s. 52

¹⁷ SOU 1982:61

¹⁸ Prop. 1983/84 s. 50

¹⁹ Prop 1983/84 s 16-17

²⁰ NJA II 1984 s.142

²¹ NJA II 1984 s 20-21

”victim precipitated rape” eftersom man funnit att 19 % av offren varit arresterade för ”sexual misconduct” och att över 20 % hade dåligt rykte!²²

Straffbestämmelserna om sexualbrott har efter 1984 års reform ändrats ett flertal gånger men dessa ändringar har framförallt varit inriktade på att stärka skyddet för barn mot att utsättas för sexuella övergrepp.²³ Den enda ändring som skett i reformens anda därefter var när riksdagen beslutade att våldtäktsbegreppet ytterligare skulle utvidgas. Med samlag jämställs nu annat sexuellt umgänge, om gärningen med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är jämförlig med påtvingat samlag.²⁴ Att fokus nu ligger på den sexuella kränkningen och man har slopat kravet på att avsikten med gärningen måste ha varit att tillfredsställa gärningsmannens eller någon annans sexuella drift är ett steg i rätt riktning mot en icke-diskriminerande lagstiftning. Handlingar som att föra in ett föremål eller en knytnäve i kvinnans underliv kan idag klassas som våldtäkt om övriga rekvisit är uppfyllda.²⁵ Men uppnåddes målet genom reformen, har kvinnans intresse verkligen tillgodosetts? Vad har hänt efter reformen? Innan praxis ska åskådliggöra vad som har hänt sedan dess, bör en kort redogörelse för legalitetsprincipen göras.

1. 2 Legalitetsprincipen

Inom straffrätten är man i mycket större utsträckning bunden av skriven lag än i civilrätten. Legalitetsprincipens grundsats är ”inget brott utan stöd av lag” och ”inget straff utan stöd av lag” och finns uttryckt i 2:10 RF, 8:3 RF samt i 1:1 BrB. Innebörden av principen är således att det råder ett förbud mot analog strafftillämpning och retroaktiv strafflagstiftning.²⁶

Principen motiveras genom en rättssäkerhetsaspekt. Det ska vara möjligt för medborgarna dels att förutse vilka gärningar som är kriminaliserade, dels att skydda dem från en godtycklig rättstillämpning.²⁷ Till skillnad från civil- och förvaltningsrättsliga regler är man som huvudregel skyldig att känna till den svenska straffrätten (jämför straffrättsvillfarelse 24:9 BrB). Krav på klarhet och förutsebarhet gör sig således särskilt viktigt i detta sammanhang. När det gäller sexualbrotten i Sverige har inte detta upprätthållits särskilt bra. Genom att ett flertal ändringar gjorts sedan 1984 års reform har mycket av systematiken och sambandet mellan de olika bestämmelserna i kapitlet gått förlorad. Gränsdragningen mellan brotten har ofta framstått som oklar. Genom den senaste tidens avkunnade domar rörande våldtäkt och sexuellt utnyttjande har problemet visat sig extra tydligt.²⁸

2. SÖDERTÄLJEFALLET, NJA 1997 s 538

Tre unga män åtalades för att natten mellan den 22 och 23 juli genom våld tilltvingat sig orala och vaginala samlag med en ung kvinna som vid tillfället var kraftigt berusad. Ursprungligen åtalades de tre för våldtäkt 6:1 BrB och alternativt för sexuellt utnyttjande 6:3 BrB för att otillbörligt utnyttjat att hon befann sig i

²² Johansson s. 426

²³ Prop. 1991/92:35, prop.1992/93:141 och prop. 1994/95:2

²⁴ Prop. 1997/98:55, Ds 1996:28

²⁵ Prop. 1997/98:55 s. 90-91

²⁶ Leijonhufvud och Wennberg s. 21

²⁷ Leijonhufvud och Wennberg s. 21

²⁸ Prop. 1997/98:55 s. 95

vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd, utan möjlighet att freda sig eller tillkalla hjälp. Flickan hade under kvällen förts med bil till för henne okända platser där flera samlag utfördes i baksätet på bilen när den stod parkerad. De andra samlagen utfördes i badrummet till en lägenhet i bostadsområdet Ronna i Södertälje. För en av åtalpunkterna (p. 9) väcktes inget alternativt åtal, åklagaren yrkade endast ansvar för våldtäkt för ett samlag som skett i baksätet på bilen när den stod parkerad utanför en skola vilket var det sista samlaget under kvällen.

Tingsrätten dömde de tre för sexuellt utnyttjande enligt 6:3 BrB och även åtalpunkt 9 bedömdes vara sexuellt utnyttjande, alltså ej våldtäkt. Tingsrättens dom överklagades av samtliga parter till Svea Hovrätt. Med hänsyn till formuleringen av åklagarens ansvarsyrkande kunde Hovrätten endast pröva om våldtäkt förelegat enligt åtalpunkt 9. Hovrätten ogillade emellertid samtliga åtalpunkter d v s sexuellt utnyttjande och våldtäkt. Det senare åtalet ogillades på grund av bristande bevisning. Även denna dom överklagades av Riksåklagaren och målsägande till Högsta Domstolen. Riksåklagaren yrkade bifall till åtalen mot de tre unga männen för sexuellt utnyttjande samt ansvar för våldtäkt enligt åtalpunkt 9 för en av männen. Med hänsyn till instansordningsprincipen kunde inte HD pröva huruvida förutsättningarna för våldtäkt enligt 6:1 BrB eller sexuellt tvång enligt 6:2 BrB varit uppfyllda i något annat fall än det som behandlades i åtalpunkt 9. HD:s majoritet ändrade Hovrättens dom och kom fram till att förutsättningarna för sexuellt utnyttjande var uppfyllda för samtliga åtalpunkter, utom åtalpunkt 9 där HD fann att det rörde sig om en våldtäkt. Avvikande Justitieråd Gregow menade att alla åtalpunkter var att anse som våldtäkt, men på grund av instansordningsprincipen var det endast möjligt att för åtalpunkt 9 döma för våldtäkt och han lämnade de övriga åtalpunkterna utan bifall.

3. RISSNEMÅLET, SVEA HOVRÄTT B 3935-00

Den 28 januari år 2000 åtalas sju unga män för att otillbörligt sexuellt utnyttjat en ung kvinna som befunnit sig i vanmakt eller annat sådant tillstånd. De tilltalade åtalades för att handgripligen fört med flickan från tunnelbanestationen i Rissne bort mot en äng där de unga männen berört hennes bröst och kön. Därefter fördes flickan till ett näraliggande garage och genom att turas om att hålla henne upprätt fortsatte de att sexuellt utnyttja henne. Samtliga tilltalade åtalades för att i garaget haft sexuellt umgänge med flickan och tre av dem för att ha haft vaginala och anala samlag.

Tingsrätten friade fyra av de tilltalade och dömde två av gärningsmännen för grovt sexuellt utnyttjande och en för medhjälp därtill. Samtliga tilltalade nekade till brott och att de deltagit eller medverkat i något otillbörligt som åklagaren angett, men tre av dessa befanns således överbevisade. Domstolen konstaterade att flickans höga alkoholkoncentration utgjorde att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd. Domstolen ansåg inte att det hade förekommit något otillbörligt sexuellt utnyttjande på ängen. Händelserna i garaget ansågs av domstolen vara något helt annat. De två tilltalade som dömdes för grovt sexuellt utnyttjande bedömdes ha haft sexuellt umgänge med flickan och med bakgrund av hennes ungdom och att utnyttjandet skett under förnedrande och integritetskränkande former, bedömdes det sexuella utnyttjandet som grovt.

Fallet överklagades av samtliga parter till Hovrätten som kom att fastställa Tingsrättens dom. Även Hovrätten fann att flickan befann sig i ett hjälplöst tillstånd till följd av hennes alkoholförtäring och att de åtalade ynglingarna haft

hennes tillstånd klart för sig när de på ett otillbörligt sätt sexuellt utnyttjat hennes tillstånd.

4. LAGENS UTFORMNING

Våldtäkt är ett så kallat sammansatt brott, det vill säga för ansvar krävs att två olikartade handlingar åtföljs av varandra, annars är brottsrekvisitet inte uppfyllt.²⁹ För att en gärning skall bedömas som våldtäkt enligt 6:1 BrB förutsätts dels användande av våld å person eller hot som för den hotade innebär eller framstår som trängande fara, dels att den sexuella handlingen är av visst slag; samlag eller därmed jämförligt sexuellt umgänge. Tillämpningsområdet är således begränsat till de mest kvalificerade sexuella övergreppen. Denna kvalifikation gäller både den sexuella handlingens art samt det medel som gärningsmannen har använt för att genomföra den.³⁰

4. 1 Definition samlag

Med samlag avses vaginala samlag, men det krävs inte att inträngande skett, utan det är tillräckligt att mannens och kvinnans könsdelar har kommit i beröring med varandra.³¹ Något krav på sädesavgång finns inte heller.³² Genom 1984 års reform ändrades utformningen av gärningsbeskrivningen för våldtäktsbrottet så att den kom att omfatta sexuellt umgänge jämförligt med samlag.³³ Med exempel hämtat från Leif G W Persson ansågs det stötande att en gärningsman med ringa våld kunde våldta sitt offer i den bemärkelse att hans manslem snuddat offrets blygdläppar men när en gärningsman med brutalt våld fört in sin manslem i kvinnans anus och genomfört samlag under en längre tid, kunde *inte* den senare handlingen anses vara våldtäkt i juridisk bemärkelse.³⁴ Men sedan reformen kan således även ett analt eller oralt samlag konstituera ansvar för våldtäkt. Vid tiden för reformarbetet fokuserades på vilka sexualhandlingar som kunde anses jämförliga med samlag, även om det ansågs omöjligt att i detalj ange vilka dessa skulle vara.³⁵ Som tidigare nämnts ändrades detta perspektiv nyligen då riksdagen beslutade att utvidga våldtäktsbegreppet.³⁶ Avgörande idag är om den sexuella handlingen innebär en *kränkning* som är jämförlig med den som uppkommer vid ett påtvingat samlag. I förarbetena nämns som exempel att föra in ett främmande föremål eller en knytnäve i underlivet på kvinnan. Även om tillämpningsområdet utvidgats reserveras bestämmelsen fortfarande för de mest allvarliga kränkningar. Dock omfattas numera även handlingar som inte är direkt samlagsliknande.³⁷ Ändringarna har dels medfört att sexuella övergrepp som tidigare betraktades som sexuellt tvång 6:2 BrB idag kan komma att bedömas som våldtäkt dels att våldtäktsbegreppet nu är könsneutralt. Att våldtäktsstadgandet gjordes könsneutralt var den andra genomgripande ändringen genom reformen. Före den 1 juli 1984 krävdes det nämligen för våldtäktsansvar att gärningen förövats av en

²⁹ Leijonhufvud och Wennberg s. 126

³⁰ SOU 2001:14 s. 48

³¹ NJA 1981 s. 253, RH 10:81, RH 116:83

³² NJA II 1962 s. 166

³³ Prop. 1983/84:105 s. 16

³⁴ SOU 1981:64 s. 85

³⁵ SOU 1981:64 s. 17

³⁶ Prop. 1997/98:55 s. 1

³⁷ Prop. 1997/98:55 s. 91

man mot en kvinna, det vill säga sexualhandlingen skulle vara av heterosexuell natur. Men sedan reformen kan brottet således förövas av både män och kvinnor och övergreppen kan vara av såväl heterosexuell som homosexuell karaktär.³⁸

4. 2 Tvånget

För ansvar för våldtäkt krävs att gärningsmannen *tvingar* offret till samlag eller sexuellt umgänge jämförligt med samlag. Tvånget kan ske antingen genom *våld eller hot* som för den hotade framstår som trängande fara. Hotet behöver dock inte vara uttalat, förarbetena ger stöd för att även outtalade hotelser som framstår som trängande fara, kan rubriceras som våldtäkt.³⁹ Men att den andra personen inte gett sitt samtycke till den sexuella handlingen är alltså *inte* tillräckligt för ansvar för våldtäkt.

I äldre rätt var det en förutsättning att den som begått våldtäkt utövat ett så kallat *absolut våld* mot kvinnan. Våldet skulle ha inneburit att det brutit ned varje form av motstånd. Även en situation där gärningsmannen genom våld på annat sätt fullständigt betvingat kvinnan till den grad att hon inte längre kunde göra motstånd kunde konstituera ansvar för våldtäkt.⁴⁰

Vad står då tvångsbegreppet för? Enligt gällande rätt krävs att våldet eller hotet består av ett så kallat *råntvång*. Med det menas att våldet eller hotet riktas *direkt* mot offret. Gärningen ska således innebära eller framstå som trängande fara. Med uttrycket trängande fara menas fara för ett omedelbart förestående våld av allvarligare beskaffenhet. Faran måste alltså gälla liv eller hälsa eller något annat jämförligt intresse.⁴¹ Det finns visst stöd i doktrin för att även utpressningstvång skulle kunna konstituera ansvar för våldtäkt.⁴² Men detta torde snarare röra sig om en missuppfattning eller felskrivning. Som exempel på tvång ges en situation där hotet riktas mot en annan person som är närvarande, till exempel offrets barn. En situation som säkert kan uppfattas som minst lika jobbig, om inte värre, men som ändå i juridisk bemärkelse betecknas som utpressningstvång. Bakgrunden till denna felskrivning torde ha sin bakgrund från 1977 års sexualbrottskommitté⁴³ som dessvärre smittade av sig till förarbetena för 1984 års reform.⁴⁴ Enighet torde dock råda mellan de flesta jurister att utpressningstvång hör hemma i 6:2 BrB om sexuellt tvång.

Det *våld* som upptas som medel för tvånget är allt våld som omfattas av begreppet våld å person. Med uttrycket förstås en fysisk kraftanvändning som direkt träffar en annan person och som antingen utgör en misshandel eller ett betvingande av den andres kroppsliga rörelsefrihet. Om kvinnan försöker värja sig genom att knipa ihop benen och gärningsmannen utövar ett våld som bara består i att han tvingar isär kvinnans ben, kan även detta ringa fall av fysiskt våld konstituera ansvar för våldtäkt.⁴⁵

Enligt gällande rätt kan även *hot* användas som medel för tvång. Våld och hot är således likställda vid utformningen av våldtäktsbegreppet. Som tidigare nämnts

³⁸ Prop. 1983/84:105 s. 17

³⁹ Prop. 1983/84:105 s. 19

⁴⁰ SOU 1982:61 s.72

⁴¹ Prop. 1983/83:105 s. 18

⁴² Holmqvist m fl s. 265

⁴³ SOU 1982:61 s. 73

⁴⁴ Prop. 1983/84:105 s. 18

⁴⁵ Prop. 1983/84:105 s. 18

behöver inte hotet direkt ha uttalats. Om gärningsmannen utnyttjar en situation som tett sig omedelbart hotande från offrets synpunkt, är detta att likställa med tvång.⁴⁶ Exempel på detta kan vara om en kvinna vaknar upp nattetid av en man som befinner sig i hennes sovrum i färd att stjäla. Mannen bestämmer sig för att han gärna vill ligga med kvinnan och säger åt henne att ställa sig på alla fyra. Därefter genomför han ett samlag utan att använda våld eller direkt hota kvinnan. En sådan situation kan alltså bedömas som våldtäkt då det föreligger en hotfull situation och det för en skräckslagen kvinna inte finns något annat val än att lyda mannen.⁴⁷

Ett sätt att ytterligare förklara tvångsbegreppet är att dela upp det i:

1. relativt tvång

2. absolut tvång

Vid relativt tvång tvingar gärningsmannen offret att *göra* något, medan vid absolut tvång tvingas offret att *tåla* något.⁴⁸ Båda dessa former av tvång är naturligtvis tillräckliga för att ansvar för våldtäkt kan aktualiseras. Anledningen till denna terminologi eller uppdelning är att man lättare skall kunna behandla gränfallen, det vill säga föreligger våldtäkt eller sexuellt utnyttjande eller är förfarandet straffritt? Avgörande för frågan om någon handlat under tvång är om personen handlat utan eget inflytande eller i brist på annat val, det vill säga i absolut eller relativ mening.⁴⁹ Skillnaden mellan de båda brotten som behandlas i avsnitt 4. 4, sker delvis med detta som bakgrundsmaterial.

Om någon tilltvingar sig ett samlag kan detta ske med absolut tvång men också relativt tvång om offret tvingas ställa upp på samlaget och delta i det. När det gäller sexuellt umgänge som är jämförligt med samlag är det vanligast att relativt tvång föreligger d v s den framtvingande handlingen utföres av offret.⁵⁰

Vad gäller *aktivt motstånd* innehåller brottsbeskrivningen inget krav på att offret skall ha gjort motstånd. Att domstolarna ändock ofta diskuterar kring kvinnans eventuella motstånd beror på att kvinnan måste vara tvingad till det sexuella umgänget.⁵¹ Motstånd utgör alltså inget rättsfaktum, men väl ett bevisfaktum. Ska man besvara frågan om en man tilltvingat sig ett samlag med absolut tvång, besvaras frågan nekande om kvinnan hade kunnat ingripa men valt att låta bli. Hon är då inte tvingad till samlaget eller nödgats tåla det. Men även om kvinnan inte varit förhindrad att bjuda motstånd, kan relativt tvång ha förelegat, om hon valde att inte göra motstånd på grund av rädsla och denna hotsituation förmått kvinnan att ställa upp på samlaget.⁵²

Sammanfattningsvis kan sägas att ansvar för våldtäkt bygger på tvång och inte på att den sexuella handlingen inte är frivillig. Vidare måste tvånget vara av särskilt slag, hotet eller våldet måste utgöra ett medel för tvånget. Det går inte att säga att det finns några minimigränser för vilken styrka på våldet som behövs eftersom ett utövat ringa våld även kan fungera som ett hot (dock måste våldet

⁴⁶ Prop 1983/84:105 s. 18

⁴⁷ SOU 1982:61 s. 73

⁴⁸ Wennberg, Juridisk Tidskrift 93/94 s. 492-493

⁴⁹ Wennberg, Juridisk Tidskrift 98/99 s. 523

⁵⁰ Wennberg, Juridisk Tidskrift 93/94 s. 492-493

⁵¹ Holmqvist m fl, s. 264

⁵² Wennberg, Juridisk Tidskrift 93/94 s. 493

bestå av våld å person). Våldtäktsparagrafen stadgar ju att gärningsmannen *antingen* ska ha använt våld *eller* hot. Om en kvinna är så skräckslagen att hon inte gör något motstånd alls, behöver en gärningsman naturligtvis inte använda något våld för att bryta ned ett obefintligt motstånd. Men en våldtäktssituation kan ändå föreligga på grund av den hotade situationen. Hotet behövde ju inte ha uttalats.

4. 3 Vanmakt

Ansvar för våldtäkt kan också aktualiseras om gärningsmannen *försatt* offret i vanmakt eller annat sådant tillstånd och genomfört samlag eller sexuellt umgänge jämförligt med samlag, allt under förutsättning att offret mot sin vilja försatts i tillståndet. En sådan situation är således att jämställa med våld, men i likhet med rånparagrafen 8:5 BrB, har det ansetts lämpligt att uppta detta i en särskild föreskrift härom. Om gärningsmannen däremot utnyttjar att en person redan *befinner* sig i vanmakt begår han inte våldtäkt. Ansvar för sexuellt utnyttjande enligt 6:3 BrB kan däremot anses föreligga.

Vad menas då med vanmakt? När det gäller definitionen på begreppet vanmakt går meningarna isär. Anledningen till oenigheten torde bero på att få vågar sig på att klart definiera begreppet, utan istället förklarar vanmakt med hjälp av exemplifiering. Jareborg definierar dock vanmakt som ett tillstånd där det råder ”fullständig brist på kroppslig kontroll”. Ett sådant tillstånd kan föreligga vid medvetlöshet, sömn, hypnotiskt tillstånd och sist men inte minst en *total berusning av alkohol* och narkotika.⁵³ Det sistnämnda exemplet är centralt för den här uppsatsen. Det är kring graden av berusning, som senare ska visas genom vald praxis, som många sexualbrottsdomar kretsar kring.

Under 90-talet har röster höjts för att begreppet vanmakt borde bytas ut mot ett mer modernt och lättförståeligt begrepp, som exempel har föreslagits medvetlöshet. Regeringen har dock än så länge inte funnit skäl för att föreslå en ändring. Man menar att vanmakt har en vidare innebörd än medvetlöshet.⁵⁴ Men stämmer det verkligen? Jämför vi med Jareborgs definition av vanmakt avses där en fullständig brist på kroppslig kontroll, något som enligt min tolkning torde innebära ett medvetlost tillstånd. Att vanmakt skulle vara ett vidare begrepp än medvetlöshet kan lätt leda till missuppfattningar när begreppet gång på gång exemplifieras snarare än definieras. Framförallt torde det gälla exemplet på total berusning av alkohol och narkotika, som till skillnad från de andra exemplifieringarna kan graderas. Det är omöjligt att säga att någon är lite eller mycket medvetlös, sov mycket eller bara lite grann. Dessa exempel är snarare ett antingen eller inte- tillstånd. Som hjälpmedel för att avgöra om vanmakt föreligger eller inte, bör man alltså först besvara frågan om det var en fullständig brist på kroppslig kontroll och möjligen därefter om det var en situation som typiskt sätt kan anses vara vanmakt. Jareborgs exempel är ju inte på något sätt uttömmande.

Med våld jämställs också att försätta någon i tillstånd som är direkt jämförbart med vanmakt. I 6:1 BrB talar man om ”annat sådant tillstånd” och i 6:3 BrB om ”hjälplost tillstånd”. För sistnämnda uppkommer ansvar om gärningsmannen sexuellt utnyttjar att offret *befinner* sig i tillståndet, har han däremot *försatt* offret

⁵³ Jareborg, Brotten I s.191

⁵⁴ Prop. 1997/98 s. 92

i det tillstånd som avses kan ansvar för våldtäkt i 6:1 BrB aktualiseras. Den stora skillnaden brotten emellan ligger således i:

1. försätta

och att

2. utnyttja ett redan befintligt tillstånd.

Men även formuleringen på vad som menas med ett direkt jämförbart tillstånd med vanmakt skiljer sig åt. Om det finns någon anledning till detta är svårt att se då man trots de olika formuleringarna torde avse samma sak. Klart är att vare sig ”annat sådant tillstånd eller ”hjälpöst tillstånd” kan ses isolerade från begreppet vanmakt. Det följer inte bara av *direkt* jämförbara, utan det finns praxis som stödjer detta.⁵⁵ Bakgrunden till att lagstiftaren använt två olika formuleringar kan ha sin bakgrund i att 6:1 BrB bygger på att gärningsmannen använder våld å person. Begreppet våld å person utgår från 3:5 BrB där det sägs ”tillfogar annan kroppsskada, sjukdom eller smärta eller försätter honom i vanmakt eller *annat sådant tillstånd*”. I straffstadgandet talas således om ”annat sådant tillstånd” samma som för 6:1 BrB. För brottet sexuellt utnyttjande där det inte fordras något våld för ansvar kan det ha ansetts lämpligt med en annan formulering. Lagstiftaren valde ”hjälpöst tillstånd”.⁵⁶

Jareborg exemplifierar de båda begreppen som en situation med fullständig eller partiell, tillfällig förlamning eller bedövning av kroppen eller bländning med tårgas eller något liknande.⁵⁷ Exempel från praxis visar att naturlig sömn, ett tillstånd som inte går att försätta någon i, kan ses som ett hjälpöst tillstånd.⁵⁸ Sömn, som jag tidigare redogjort för som ett exempel på vanmakt anses här som ett tillstånd som är direkt jämförbart med vanmakt.

Sammantaget kan alltså sägas att gränsen mellan vilka situationer som hänförs till vanmakt eller till annat sådant tillstånd / hjälpöst tillstånd inte är alldeles lätt att dra. Kanske är inte den gränsen den viktigaste heller, svårigheten att avgöra vad som faller utanför det straffbara området är betydligt viktigare, och har inte alltför sällan visat sig vara lika svårt att bestämma.

4. 4 Skillnaden mellan 6:1 och 6:3 BrB

Om en frivilligt berusad kvinna råkar ut för ett sexuellt övergrepp, är det av största vikt att kunna skillnaden mellan straffstadgandet för våldtäkt och det för sexuellt utnyttjande. Berusning är, som ovan nämnt, ett tillstånd som kan klassas som vanmakt eller ett direkt jämförbart tillstånd med vanmakt. Den grundläggande skillnaden brotten emellan som redogjordes för i samma avsnitt, var att 6:1 BrB krävde att gärningsmannen försatt offret i tillståndet medan ansvar för 6:3 BrB uppkommer om han utnyttjat ett redan befintligt tillstånd. Men brotten har större skillnader än så.

Det första som bör observeras är att dessa brott är sidoställda med varandra. Sexuellt utnyttjande är *inte* ett sekundärt brott i förhållande till våldtäkt. De båda

⁵⁵ NJA 1997 s. 538

⁵⁶ Katarina Pålsson

⁵⁷ Jareborg, Brotten I s.191

⁵⁸ RH 116:83

brotten har nämligen två olika skyddsintressen. Medan brottsbeskrivningen för 6:1 BrB lyder att gärningsmannen *tilltvingar* sig samlag eller sexuellt umgänge jämförligt med samlag, lyder brottsbeskrivningen för 6:3 BrB att gärningsmannen *utnyttjar* en viss situation för att genomföra sexuellt umgänge. Sexuellt utnyttjande i 6:3 BrB skyddar personer som själva av olika anledningar inte kan skydda eller värja sig. Brottet riktas inte mot människor som befinner sig i hotfulla situationer, utan snarare mot människor som på grund av att de inte befinner sig vid sina sinnens fulla bruk eller har förmåga att uppfatta situationen är särskilt utsatta.⁵⁹ De grupper av människor som lagstiftaren avser att skydda är psykiskt sjuka eller psykiskt utvecklingsstörda personer, människor som befinner sig i beroende ställning till annan och de som befinner sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd.

Av detta följer att läran om samtycke inte är tillämplig när det gäller brott mot 6:3 BrB, till skillnad från våldtäktsstadgandet där samtycke utesluter ansvar för brott.⁶⁰ Tvärtemot sexuellt utnyttjande är avsaknaden av samtycke en förutsättning för att gärningsbeskrivningen för våldtäkt ska vara uppfylld. Offret skall ju vara tvingad till samlag eller sexuellt umgänge jämförligt med samlag. För att samtycke ska ha ansvarsfriande verkan fodras, förutom att den samtyckande är behörig, att personen även förstår innebörden av samtycket. Samtycket måste med andra ord vara giltigt.⁶¹ Desto allvarligare ingreppet är desto större krav ställs på den samtyckandes mognad.⁶² Och när det gäller de grupper lagstiftaren valt att skydda i 6:3 BrB anses denna ”mognad” inte vara tillräcklig för att samtycke ska få ansvarsfriande verkan - samtycket är med andra ord ogiltigt.

Sammanfattningsvis av det ovan nämnda betyder således att om en kvinna av egen fri vilja druckit sig så berusad att hon befinner sig ett tillstånd där det råder fullständig brist på kroppslig kontroll, det vill säga vanmakt eller annat sådant hjälplöst tillstånd, är det ett brott att otillbörligt sexuellt utnyttja hennes tillstånd. Samtycke utesluter inte ansvar. Om *varken* hot eller våld använts som medel för att tvinga kvinnan till det sexuella umgänget är ansvar för våldtäkt uteslutet, om kvinnan själv förtärt alkoholen. Hon har då inte blivit *försatt* i vanmakt eller annat sådant tillstånd.

4. 5 Subjektiv täckning

I avsnittet om legalitetsprincipen nämndes att en förutsättning för att ett brott har begåtts är att handlingen är straffbelagd i svensk rätt. Legalitetsprincipen i 1:1 BrB kan dock sägas vara otillräcklig på så sätt om man jämför brott med en straffbelagd gärning.⁶³ För att ett brott ska anses begånget, räcker det inte med att gärningen är belagd med straff, brottsrekvisiten måste också vara täckta av gärningsmannens uppsåt eller oaktsamhet.⁶⁴ De objektiva rekvisiten måste täckas med de subjektiva rekvisiten, det är vad som kallas täckningsprincipen.⁶⁵

⁵⁹ Wennberg, Juridisk Tidskrift 97/98 s. 512

⁶⁰ SOU 1988:7 s. 103

⁶¹ Jareborg, Brotten I s. 254

⁶² SOU 1988:7 s.105

⁶³ Jareborg, Gärningslära s. 15

⁶⁴ Jareborg, Gärningslära s. 30

⁶⁵ Leijonhufvud och Wennberg, s. 74

För att kunna fällas till ansvar för våldtäkt eller sexuellt utnyttjande fordras att samtliga brottsrekvisit omfattas av gärningsmannens uppsåt. Emellertid kan det vara svårt att avgöra om gärningsmannens uppsåt täcker ett objektivt rekvisit som inte bygger på ett faktum utan en värdering. Dessa rekvisit kallas för normativa och i 6:3 BrB finns exempel på ett sådant. Ansvar för sexuellt utnyttjande förutsätter att utnyttjandet är *otillbörligt*. Bedömningen av om gärningsmannens uppsåt omfattar att utnyttjandet skedde otillbörligen, sker naturligtvis inte enligt hans egen uppfattning om vad som är ett otillbörligt utnyttjande. I så fall skulle varenda gärningsman kunna invända att han bedömde det som ett tillbörligt utnyttjande och bli frikänd. Tillräckligt för ansvar är att gärningsmannen har haft uppsåt i förhållande till de *faktiska omständigheter* som utgör underlag för värderingen. Samma regel tillämpas för juridiskt tekniska begrepp, såsom exempelvis vanmakt.⁶⁶

5. LAGEN TILLÄMPAD PÅ RÄTTSFALLEN

De rättsfall jag tidigare redogjort för ska i det här avsnittet ytterligare kommenteras. Tanken är att en närmare analys av de båda rättsfallen ska illustrera de svagheter som finns i gällande lagstiftning och tillämpningen av den.

5. 1 Södertäljedomen - analys

Tingsrätten dömde de tre gärningsmännen för sexuellt utnyttjande, även åtalpunkt 9 bedömdes vara sexuellt utnyttjande. Deras motivering kan inte ses som helt logisk. Avseende våldtäktsåtalet konstaterar Tingsrätten att flickan varit så berusad att hon inte kunnat säga ifrån eller göra något motstånd och med bakgrund av att männen inte fått några klara signaler från henne att gärningarna skedde mot hennes vilja, kan de av subjektiva skäl inte fällas till ansvar för våldtäkt. Två kritiska synpunkter måste tas upp gentemot detta uttalande. För det första säger det sig själv att om en person är så berusad som flickan i det här fallet var eller bedömts vara, är det en logisk omöjlighet att förvänta sig att samma person ska ge klara signaler av ogillande när hon är så berusad att hon inte kan ge några signaler alls. Som Wennberg skriver innebär en sådan kraftig berusning, som Tingsrätten bedömt, att samlagen måste ha genomförts med absolut tvång och att det här tvånget måste ha haft subjektiv täckning.⁶⁷ För att gärningen ska bedömas vara våldtäkt krävs ju att tvånget skett genom våld eller hot, men denna prövning har inte gjorts. För det andra kan man fråga sig vad Tingsrätten anser vara klara signaler av ogillande, pressa ihop benen eller att bita tycks ej vara tillräckligt...

Vad gäller Tingsrättens bedömning i övrigt har de lagt stor tyngdpunkt på flickans berusningsgrad, och med det som enda element bedömt gärningarna under 6:3 BrB och ej på hur hon har uppfattat situationen. Deras tolkning av lagtexten innebär att vanmakt eller annat *sådant* tillstånd är lika med medvetlöshet, medan vanmakt eller annat *hjälplost* tillstånd betyder en situation där man inte kan ta hand om sig själv.

Kritik måste också riktas mot Tingsrättens dom där målsägandes klädsel bestående av en ”svart kort klänning”, en orange *genomskinlig* top, skor samt behå

⁶⁶ Leijonhufvud och Wennberg s. 77

⁶⁷ Wennberg, Juridisk Tidskrift 97/98 s. 509-510

och trosor” (min kursivering) inleder domskälen. Omständigheter som sedan reformen 1984 saknar all betydelse. Se avsnitt 1.1.

Hovrätten, som ogillade åtalerna för såväl sexuellt utnyttjande som våldtäkt, motiverade detta med att flickan ej befunnit sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd. Även om hennes förmåga att värja sig varit nedsatt till följd av alkoholpåverkan var den inte obefintlig. Och andra omständigheter under kvällen bidrog inte till att vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd förelegat. Hovrätten säger att även om hon var i en för henne okänd omgivning med okända män, måste hon ha haft åtskilliga tillfällen att försöka lämna dem eller söka påkalla uppmärksamhet, trots hennes rädsla. Endast vid ett tillfälle har ett sådant försök gjorts, halvhjärtat. Dessa omständigheter, samt att flickan följt med upp till lägenheten - om än motvilligt - menar Hovrätten, talar emot att hon befunnit sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd och ansvar för sexuellt utnyttjande kan då inte komma ifråga. Våldtäktsåtalet ogillades, som tidigare nämnts, på grund av bristande bevisning. Flickans berättelse var inte trovärdig nog.

Om kritik kunde riktas mot Tingsrättens dom är detta ingenting jämfört med Hovrättens dom och domskäl. Denna dom är minst sagt stötande, inte bara mot flickan i det enskilda fallet utan mot kvinnor i allmänhet. Vad Hovrätten indirekt menar är att om en kvinna själv druckit sig berusad får hon ta konsekvenserna av det. Är någon så ”dum” att man följer med upp i en lägenhet med främmande män har man ingen annan att skylla än sig själv. Att något hot skulle ha förelegat nonchaleras mer eller mindre av Hovrätten. Att tro att en berusad människa som upplever sig befinna sig i en hotfull situation, agerar logiskt och rationellt, visar på Hovrättens trångsynthet. ”Ett halvhjärtat försök”. Det går nog inte ens att föreställa sig hur kränkande dessa ord måste kännas för en kvinna som gått igenom vad hon gjort.

Högsta domstolen biföll åtalerna för sexuellt utnyttjande och våldtäkt för åtalpunkt 9. Som tidigare nämnts var domstolen förhindrad att prova om våldtäkt eller sexuellt tvång förelåg för de övriga åtalpunkterna på grund av instansordningsprincipen. Högsta domstolens majoritet fann att flickan befann sig i ett hjälplöst tillstånd som avses i 6:3 BrB. I hennes berusade tillstånd uppfattade hon situationen så att hon saknade möjlighet att undkomma eller kalla på hjälp. Hennes onyktra tillstånd försämrade således hennes förmåga att klart värdera situationen hon befann sig i och att rationellt överväga vilka möjligheter hon hade att undkomma sexuella övergrepp. Det prekära läget hon befann sig i förstärktes av att hon befann sig med fyra främmande män på okända platser, relativt isolerade. Hon var rädd att hon skulle utsättas för något ännu värre om hon försökte lämna platsen. Dessa omständigheter sammantaget, fann domstolen, utgöra ett sådant hjälplöst tillstånd som avses i 6:3 BrB. Subjektiv täckning bedömdes föreligga då de unga männen varit medvetna om de faktiska omständigheter som konstituerade hennes hjälplösa tillstånd. Då de följaktligen otillbörligt utnyttjat detta tillstånd, dömdes de tre för sexuellt utnyttjande.

Vad sedan gäller åtalpunkt 9, våldtäktsåtalet, bör man ha i minnet att detta var den enda åtalpunkt Högsta domstolen hade möjlighet att pröva om våldtäkt förelåg, då instansordningsprincipen ej lämnade utrymme för denna prövning avseende de andra åtalerna.

I stället för att föra flickan hem till sin bostad som utlovats och med bakgrund av de många tidigare sexuella handlingarna mot hennes vilja, bedömdes den här sexuella handlingen, som var den sista under kvällen, som särskilt hänsynslös. Domstolen lade stor vikt vid flickans egen berättelse av händelseförloppet. När

hon vägrade att ha samlag med den unge mannen drog han av henne trosorna och tilltvingade sig ett samlag. Flickan bet därefter honom och gav honom en örfil, men han värjde sig genom att ta tag i hennes hår och pressa ner hennes huvud för att undvika att bli biten igen. Rädslan för den unge mannen och det våld han använt vid det sista samlaget var sådant att han skulle fällas för våldtäkt.

Vad själva kärnfrågan i rättsfallet rör är skillnaden mellan 6:1 BrB och 6:3 BrB och Högsta domstolens dom väcker ett antal frågor. Kan en påtagligt, men inte redlöst, berusad kvinna befinna sig i en våldtäktssituation samtidigt som hon befinner sig i ett hjälplöst tillstånd, enligt 6: 3 BrB om sexuellt utnyttjande? Man kan också fråga sig om de övriga gärningarna verkligen nämnvärt avviker från gärningen enligt åtalspunkt 9? Och när domstolen lade så stor vikt vid flickans berättelse angående den sista gärningen, är det anmärkningsvärt att de inte bedömt hennes berättelse lika trovärdig avseende de övriga åtalspunkterna. Visserligen fick inte HD pröva detta men något provokativt kan man fråga sig om den som tvingar annan till samlag genom hot som för denne framstår som trängande fara (=våldtäkt), kan straffas för sexuellt utnyttjande när domstolen är förhindrad att pröva om våldtäkt föreligger på grund av processuella skäl?

Ovannämnda frågor kan alla besvaras genom Justitierådet Gregows skiljaktiga mening. Gregow som var minoritet i Högsta domstolen, uppfattade samtliga gärningar som våldtäkt alternativt sexuellt tvång enligt 6:2 BrB och menade därför att åtalerna för sexuellt utnyttjande inte kunde bifallas. För att kunna fällas till ansvar för sexuellt utnyttjande krävs, som tidigare redogjorts för, att någon har haft sexuellt umgänge med annan genom att ha otillbörligt utnyttjat att denne befann sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd. Gregow menar att "vanmakt" är en situation där vederbörande är i princip helt handlingsoförmögen exempelvis medvetlös.⁶⁸ Begreppet "hjelplöst tillstånd" menar han kan inte ses isolerat, utan avser tillstånd som är jämförbara med vanmakt, men att det behöver inte vara något krav på en lika fullständig oförmåga att handla. Som exempel på när en person kan befinna sig i ett "hjelplöst tillstånd", menar han vara när en mycket kraftigt berusad person blir utsatt för sexuella övergrepp men inte har förmåga att uppfatta det. Gregow menar alltså att endast *en långtgående handlingsoförmåga* kan uppfylla rekvisitetet och anser att majoriteten tänjer på begreppet på ett opassande sätt. Att såsom majoriteten i Högsta domstolen, lägga samman en viss grad av berusning och en viss hotfull situation för att tillsammans anse uppfylla kravet på hjälplöst tillstånd är han mycket skeptisk till. Han påpekar, som även redogjorts för i avsnitt 4. 4, att det föreligger en central skillnad mellan de båda brotten. För ansvar för sexuellt utnyttjande fordras inte någon form av våld eller hot, heller ens att gärningsmannen förmår offret. Man kan således inte se sexuellt utnyttjande som något sekundärt brott till våldtäktsstadgandet, utan dessa två brott är i stället *sidoställda* med varandra. Gregow menar vidare att eftersom det inte krävs något större mått av våld för att kunna fällas till ansvar för våldtäkt, utesluts inte ansvar för våldtäkt för att man inte förmådde göra något starkare motstånd. Tvärtom talar visst fysiskt motstånd *mot* att hon befann sig i ett hjälplöst tillstånd i den mening som avses i 6:3 BrB.

Hur nobelt majoritetens syfte än var, instämmer jag med Gregow. Det är naturligtvis oacceptabelt att bifalla åtalerna för sexuellt utnyttjande enbart för att domstolen är förhindrad att pröva våldtäkt på grund av instansordningsprincipen. Att på det sättet tänja ut en straffbestämmelse, för en gärning som inte på något

⁶⁸ Jämför Jareborg, Brotten s. 191

sätt egentligen hör hemma i 6:3 BrB, strider på alla sätt mot legalitetsprincipen och 30:3 RB. Det bör tilläggas att detta fall var oerhört massmedialt bevakat och politiskt känsligt. Laila Freivalds, dåvarande justitieminister, deklarerade att hon hade för avsikt att föreslå en lagändring om Högsta domstolens avgörande kom att visa att gällande lagstiftning inte var tillräcklig.⁶⁹ Det fanns alltså starka påtryckningar från både massmedialt och politiskt håll hur domstolen skulle döma. Det kan endast spekuleras om vilken betydelse dessa påtryckningar hade, men visst talar den avkunnade domen för att domstolen inte bara hade juridiken i sitt huvud när de meddelade domen.

Brotten är som sagt var sidoställda med varandra eftersom de har olika skyddsintressen och samtycke utesluter ansvar för våldtäkt men principen är inte tillämplig när det gäller ansvar för sexuellt utnyttjande. Därför ter det sig helt ologiskt varför man både i Tingsrätten och i Högsta Domstolen överhuvudtaget går in på frågan om samlagen varit *frivilliga*. Frivilligt eller inte, det har ingen betydelse då samtycke inte utesluter ansvar för sexuellt utnyttjande av någon som befinner sig i ett hjälplöst tillstånd.

5. 2 Tolkningar av Södertäljedomen

Högsta domstolen gjorde en delvis ny tolkning av uttrycket hjälplöst tillstånd i Södertäljefallet och dess betydelse är omdiskuterad.⁷⁰

En möjlig tolkning är att Högsta domstolen utvecklat innebörden av hjälplöst tillstånd och gett den ett något vidare och annorlunda innehåll. Diskussion kan också föras kring om domstolen har skapat en ny brottskonstruktion. Det kan tyckas som om Högsta domstolen menat att skapandet av en våldtäktssituation kan bedömas som ett hjälplöst tillstånd och på den grunden kunna föranleda ansvar för ett otillbörligt utnyttjande av situationen. Normalt sett talar dock det förhållandet att någon tvingas till samlag, liksom det förhållandet att ett offer avstår från motstånd av rädsla att annars utsättas för något värre, för att det sexuella övergreppet bör anses som våldtäkt.

Den enda möjliga tolkning av domen torde vara den som framgått i föregående avsnitt, nämligen den att målet handlade om en våldtäkt där gärningsmännen med främst hot tilltvingat sig vaginala och orala samlag. En genomgång av domskälen talar för en sådan tolkning, liksom det faktum att domstolen fann att en av de tilltalade gjort sig skyldig till våldtäkt i ett fall men utan att närmare motivera varför denna sista åtalspunkt bedömts annorlunda från de övriga.

Domen torde därför i viss utsträckning kunna bedömas som ett in casu avgörande, det vill säga ett avgörande i det enskilda fallet som man inte kan dra några större principiella slutsatser av. Som Wennberg skriver i sin artikel välkomnades domen av de flesta ur ett humant perspektiv, men dess prejudikatvärde bedömdes av de flesta jurister som oerhört lågt.⁷¹ Framtiden visade dock att det var vi som hade fel när Rissnedomen föll...

5. 3 Rissnedomen – analys

När Rissnedomen avkunnades återuppstod den tidigare debatten från Södertäljefallet om en kvinna som är kraftigt berusad inte kan bli våldtagen. En

⁶⁹ Eriksson, kap 3.1

⁷⁰ Wennberg, Juridisk Tidskrift 97/98 och Sutorius, Juridisk Tidskrift 1998/99

⁷¹ Wennberg, Juridisk Tidskrift 97/98 s. 509-510

grupp unga män som hjälps åt att sexuellt utnyttja och hålla henne åt varandra, slå henne i ansiktet och skrika "Vakna din hora!" och slutligen lämna henne ensam i garaget utan skor, väckte avsky hos det allmänna rättsmedvetandet.⁷² Varför väckte åklagaren åtal för sexuellt utnyttjande och inte för våldtäkt, frågade man sig? Madeleine Leijonhufvud skriver i DN Debatt att åklagarna och domstolarna glömt bort två prejudikat från 1993 där Högsta Domstolen dömde för våldtäkt i båda målen trots det mycket ringa våld som använts. En parallell till de två rättsfallen, som ytterligare kommer att kommenteras i avsnitt 8.1, visar att Rissnefallet är en våldtäkt och inget annat. Målsägande var endast fjorton år gammal. Hon hade förts till garaget av för henne okända män. Mycket troligt var hon ur stånd att inse vad som inträffade och vågade heller inte göra motstånd. En kraftigt berusad fjortonåring mot sju unga män. Ynglingarna som väl förstod att hon inte skulle frivilligt skulle inlåta sig på sexuellt umgänge med dem, utövade fysiskt våld genom att hålla upp henne åt varandra samt slå henne i ansiktet, ett förfarande som enligt HD:s tidigare sätt att resonera är tillräckligt för att ansvar för våldtäkt kan aktualiseras. Våldet i Rissne är väl jämförbart med det våld som förekom i de fallen från 1993.⁷³ Denna prövning av våld har inte skett av vare sig Tingsrätt eller Hovrätt. Kommenteras bör att frågan kring när själva slaget i ansiktet skedde inte kan bedömas som helt klar, för även om ringa våld är tillräckligt för att utgöra ett medel för tvånget krävs att det är *kausalt* till vad offret tvingas tåla eller göra. Men oavsett om slaget inte kan bedömas som ett medel för tvång genom det *våld* slaget innebar, är det fullt möjligt att slaget kan anses som ett medel för tvång genom det *hot* slaget innebar. Se avsnitt 4. 2. Heller ej någon sådan prövning har gjorts av domstolen. Att varken åklagare och domstol har läst mellan raderna av Södertäljedomen är synd. Den uppmärksamme kan klart se att domstolen ansåg att det var fråga om en våldtäktssituation i sin helhet. Att domen slutligen löd sexuellt utnyttjande för samtliga åtalspunkter (utom p. 9) berodde på processuella regler snarare än straffbestämmelser.

Bakgrunden till att Rissnefallet blev som det blev, förklarar Leijonhufvud, på så sätt att domstolen börjat i fel ände. Flickan var kraftigt berusad och befann sig således i "vanmakt" av egen förskyllan. Detta är det första domstolen fastslår, något som inte sker i andra typer av brottmål. Som exempel skriver Leijonhufvud "Om en man dödas vid ett krogbråk är det inte alkoholkoncentrationen det första som domstolen intresserar sig för." Liksom vid alla juridiska prövningar av brott, ska domstolen även här, först fastställa vad de tilltalade har gjort⁷⁴. För att något i förväg besvara frågan i nästa avsnitt om en berusad kvinna kan bli våldtagen, så är svaret ja. I ett övergrepp av våldtäktskaraktär spelar det ingen roll hur full kvinnan var. Också en redlost berusad kvinna kan våldtas enligt gällande lag.

6. KAN EN KVINNA SOM ÄR FULL BLI VÅLDTAGEN?

Vad rättsfallen NJA 1997 s. 538 och B 3935-00 illustrerar är att svensk rätt fortfarande är kvinnodiskriminerande i *praktiken*, över 90 % av alla sexuella övergrepp riktar sig ju gentemot kvinnor.⁷⁵ När det avgörande för brott eller rubricering av brott är om kvinnan självantagit alkoholen, blir det en indirekt uppmaning till henne att hon har sig själv att skylla vid frivillig berusning. Med andra ord utgör berusningen ett slags medvållande till brott! Detta är naturligtvis

⁷² Leijonhufvud, s. 1

⁷³ Leijonhufvud s. 3

⁷⁴ Leijonhufvud s. 3

⁷⁵ Prop. 1997/98:55 s.33

ett rent absurdum. Att medvållande exempelvis till följd av berusning, kan nedsätta skadeståndskyldighet enligt 6:1 SkadestL. är i sig inget anmärkningsvärt. Men att döma för ett brott med lägre straffskala för att kvinnan var kraftigt berusad, är minst sagt stötande.

Men är det lagen eller tillämpningen av den som är den största boven i dramat? När det gäller Södertäljefallet, NJA 1997 s. 538, lutar jag åt att besvara att det är den senare som det brister i. Analysen i avsnitt 5.1 visar att en korrekt tillämpning av lagen hade medfört att samtliga gärningar bedömts som våldtäkt. Hennes berusning borde egentligen inte alls vara intressant, med hänsyn till att det förelåg ett uttalat hot och det ansågs bevisat att det framställt som trängande fara för henne. I en sådan situation är det alldeles självklart att en kvinna kan bli våldtagen, även om hon är full. Det sistnämnda är i sig irrelevant.

Det kan dock dyka upp tillfällen där en kvinna är så pass berusad att hon inte uppfattar att det föreligger något hot. Så var fallet i Piteå sommaren 1985 då en 17-årig flicka var medvetlös till följd av alkoholförtäring och sexuellt utnyttjades av fem ynglingar.⁷⁶ Flickan ådrog sig omfattande skador i underlivet till följd av de flertaliga samlag som genomfördes samt den flaska som förts upp. Enligt en korrekt tillämpning av lagen dömdes gärningsmännen för sexuellt utnyttjande enligt 6:3 BrB. De hade inte försatt kvinnan i tillståndet, heller ej förelåg hot eller våld som var kausalt i den meningen att de tvingat kvinnan till samlag. Hon var inte ens medveten om vad som hände. Det fanns alltså ingen möjlighet för domstolen att döma gärningsmännen för våldtäkt, något som det allmänna rättsmedvetandet ansåg stötande.⁷⁷ I en sådan situation är det således lagen och inte tillämpningen av den som det brister i. Kommenteras bör att gärningsmännen även borde ha fällts för åtminstone vållande till kroppsskada enligt 3:8 BrB men att denna fråga inte prövades av domstolen eftersom gärningsbeskrivningarna ej lämnade utrymme för detta.

All lagstiftning bör naturligtvis vara förankrad i det allmänna rättsmedvetandet, och detta gäller i synnerhet sexualbrottslagstiftningen. Ur straffvärdesynpunkt kan Piteåfallet te sig likvärdigt med våldtäkt. Att på samma sätt utnyttja en kvinnas vanmaktstillstånd för att få till stånd ett samlag och praktiskt taget förstöra hennes underliv, måste kunna ifrågasättas om inte gärningen är att likställa med grov våldtäkt.⁷⁸ För en sådan dom krävs dock en lagändring.

Följden av Piteåfallet blev att straffmaximum för grovt sexuellt utnyttjande höjdes. Den 1 juli 1992 infördes den grova graden av sexuellt utnyttjande med en straffskala om fängelse lägst sex månader och högst fyra år.⁷⁹ Straffmaximum höjdes senare från fyra år till sex år och bakgrunden till regeringens förslag var just Piteåfallet.⁸⁰ Frågan som då kan ställas är att om nu vissa former av sexuellt utnyttjande ter sig lika straffvärda som våldtäkt, varför ändras då inte våldtäktsstadgandet till att avse även dessa gärningar? För offret, kvinnan, torde rubriceringen av brottet vara av särskild vikt. Och om målet med lagstiftningen är att den ska vara förankrad i det allmänna rättsmedvetandet, talar även det för att den ändring som behövs ska ske i 6:1 BrB och inte i 6:3 BrB.

Men hur ska en sådan utformning ske? Klart är ju att inget våld eller hot har använts, gärningsmannen har heller ej försatt kvinnan i vanmakt eller ett direkt

⁷⁶ B 111-86

⁷⁷ JuU 1986/87:3 s. 4

⁷⁸ JuU 1986/87:3 s. 3

⁷⁹ SFS 1992:147

⁸⁰ Prop. 1994/95:2 s.16-17

jämförbart tillstånd. Redan under 70-talet höjdes röster för att våldtäktsbrottet borde bygga på samtycke, och inte på tvång. ”Om en kvinna väljer att inte ha samlag med en man och han fullföljer samlaget mot hennes vilja - då är det våldtäkt”.⁸¹ Uttalandet åskådliggör vad man i det allmänna rättsmedvetandet anser definiera en våldtäkt. Men är det möjligt att bygga våldtäkt på frånvaron av samtycke? Vad får det för konsekvenser? Frågorna utreds i avsnitt 8.1 och 8.2.

För att *sammanfatta* ovan förda diskussion är svaret på frågan om en kvinna som är full kan bli våldtagen jakande. Hennes berusning påverkar inte svaret om gärningsmannen har använt våld eller hot som tvång för samlag, heller ej ska det medföra att brottet bedöms mildare. Något medvållande är uteslutet. Är hon dock så pass berusad att hon inte ens är medveten eller kan uppfatta gärningens innebörd, är svaret nekande. En medvetlös kvinna kan inte bli våldtagen, oavsett om det är uppenbart för gärningsmannen att det inte är frivilligt. Någon form av våld eller hot är i så fall inte kausalt till betvingandet. Våldtäkt bygger inte på samtycke enligt gällande rätt, ansvar för sexuellt utnyttjande aktualiseras dock.

Kommenteras bör att uttalanden i doktrin om att det är en väsentlig skillnad att vilja försätta någon i vanmakt eller ett direkt jämförbart tillstånd och att inse att vederbörande befinner sig i det,⁸² måste anses vara något föråldrat och präglad av en diskriminerande kvinnosyn med hänsyn till Piteåfallet. När nu sexualbrottslagstiftningen på senare år ska utgå från ett kvinnoperspektiv⁸³ finns det all anledning att släppa fokuseringen på gärningsmannens skyddsbehov och på allvar utreda om våldtäktsbrottet ska fokusera på bristen av samtycke i stället för tvång.⁸⁴

7. FREKVENNS

Innan avsnittet om möjliga förändringar av lagen presenteras, bör först en utredning om frekvensen av våldtäktsbrottslighet göras. Är tidigare redogjord praxis endast exempel på extrema händelser där lagstiftningen och tillämpningen i det enstaka fallet blivit fel? Eller finns det risk för att nya liknade problem kommer att uppstå i framtiden? I så fall, i vilken omfattning? Finns det verkligen ett behov av en lagändring? Följande frågor ska besvaras i detta avsnitt.

7.1 Våldtäktsbrottslighet

Under 1999 anmäldes cirka 9000 sexualbrott varav 2000 av dessa avsåg våldtäkt eller grov våldtäkt. Liknande siffror från 1998 visar att av dessa anmälningar ledde mer än 500 stycken till en fällande dom av samtliga sexualbrott och drygt 100 av dessa fällande domar var för våldtäkt.⁸⁵ Men siffror är siffror, vad för information finns det bakom dem?

En tolkning man kanske kan göra är att alla de anmälningar som inte ledde till en fällande dom, var *falska* och påhittade historier. Innan någon drar en sådan förhastad slutsats finns ett antal faktorer som måste beaktas:

⁸¹ Boethius, s. 67

⁸² Hoflund, s. 81

⁸³ Prop. 1997/98:55 s.148

⁸⁴ Dir. 1998:48

⁸⁵ BRÅ, Leif Petersson

1. Det första som kan förklara skillnaden mellan anmäld brottslighet och fällande domar, som inte utgör falska anmälningar, är bortfall för att polisen inte lyckas lokalisera någon gärningsman. Långt ifrån alla anmälningar leder till rättegång och denna typ av bortfall torde utgöra en rätt stor grupp mellan anmälningar och fällande domar.

2. Skillnaden kan också bestå i att brottsantalet påverkas av antalet gärningsmän, offer och tillfällen. Om en och samma kvinna blivit våldtagen av samme gärningsman vid exempelvis tre olika tillfällen föreligger tre brott och tre anmälningar. Mål av dessa slag kumuleras ofta d v s behandlas i samma rättegång, och resulterar i en dom. En dom på tre anmälningar. En anmälning av denna typ torde dock inte vara särskilt vanlig och är således mindre betydelsefull för att kunna förklara skillnaden dem emellan.⁸⁶

3. Desto större förklaringsvärde torde den faktor som rör antalet ”återtagna” anmälningar till följd av den rättsliga handläggningen. Många våldtäktsoffer menar att de utsatts för så pressande förhör att de upplevde sig som skyldiga och inte som offer.⁸⁷ Leif G W Person ger exempel på hur en del förhör kan gå till:

F = Förhørsledare och O = Offer

F: Vad hände mellan er sexuellt?

O: Det som brukar hända.

F: Brukar hända, ja, är du så väldigt van vid sånt här så du bara säger sånt som brukar hända.

F: Var det ett fullbordat samlag?

O: Menar du om jag gick med på det?

F: Nej, men jag säger var det ett fullbordat samlag? Fick han in vecken?

Mindre vanliga, men ändock verkliga exempel finns på direkt olagliga förhör där det 13-åriga offret konfronterats med den 20-årige gärningsmannen i ett s k konfrontationsförhör.⁸⁸

När så pass stort antal som en fjärdedel av offren tar tillbaka sin anmälan på grund av den rättsliga tillämpningen, eller på grund av att de bara inte orkat med hela processen⁸⁹ ter det sig mycket dåligt att undervisning om detta saknas på juristutbildningarna i rättsmedicin⁹⁰ och i rättspsykologi samtidigt som Advokatsamfundet saknar riktlinjer och etiska regler för hur man bemöter brottsoffer i våldtäktsmål.⁹¹ För att något återgå från detta sidospår, är situationen att offret tar tillbaka sin anmälan, utan att det beror på sanningshalten i sin historia, en faktor som kan förklara den stora skillnaden mellan brott och anmälan. Kommenteras bör att sedan lagändring 1984 är det visserligen inte

⁸⁶ SOU 1981:64 s. 27

⁸⁷ SOU 1981:64 s. 11

⁸⁸ SOU 1981:64 s. 186-190

⁸⁹ SOU 1981:64 s. 186-190

⁹⁰ Statens rättsläkarstation i Umeå, s. 4

⁹¹ Advokatsamfundet, Roland Svensson

längre möjligt att återta en anmälan men åklagaren torde ha svårt att fullfölja åtal utan målsägandens medverkan⁹².

4. Som fjärde och sista faktor nämns här den icke alltför ovanliga orsaken till att antalet anmälningar överskrider antalet fällande domar, nämligen bristande bevisning. Denna kan vara orsaken till att ett åtal ogillas i rättegång eller att en förundersökningen läggs ned. När det gäller sexualbrott är det ofta en fråga om bevisning, då ord står mot ord.

Sammantaget finns det således ett flertal olika faktorer till varför antalet anmälningar överstiger antalet domar så mycket, som inte kan förklaras genom att mellanskillnaden skulle bestå av falska anmälningar. Tvärtemot pekar undersökningar på att antalet falska anmälningar om våldtäkt är mycket litet, mindre än två % av alla anmälningar är antingen falska *eller* beror på missförstånd. Således inte något större än vad som exempelvis gäller falska anmälningar om misshandel och mycket mindre än falska anmälningar om inbrott eller bilstölder.⁹³

Säger de siffror som inledningsvis presenterades något mer? Ger de en *verklig bild* av hur frekvent våldtäktsbrottsligheten är? Dold brottslighet är alltid ett problem vid statistik och ofta svår att fastställa. Men som i stycket ovan om falsk anmälan finns det inte heller här någon ambition att närmare fördjupa i siffror. Den enda studie som behandlas här är den av Leif G W Persson som på uppdrag av 1977 års sexualbrottskommitté, gjorde en kriminologisk kartläggning av våldtäktsbrottet. I den studien gör han en kvalificerad gissning på att cirka 10000 våldtäkter begås i Sverige årligen. Det vill säga betydligt mer än vad som anmäls eller slutligen fälls för att begått en våldtäkt.

Detta avsnitt har haft för avsikt att visa, trots något sidospår, att våldtäktsbrottslighet är frekvent förekommande i Sverige. Det finns heller inga anledningar att tro att den skulle minska, de senaste åren har antalet *anmälda* våldtäkter i stort sätt legat på samma nivå.⁹⁴

7. 2 Alkohol i samband med våldtäkter och gruppvåldtäkter

För att kunna besvara frågan om det finns en risk för att nya ”Södertäljefall” eller liknande kommer att uppstå i framtiden, räcker det inte med att konstatera att våldtäktsbrottsligheten är förhållandevis omfattande i Sverige. Det måste också utredas om alkohol är frekvent förekommande i samband med våldtäkter och gruppvåldtäkter. Förekomsten av alkohol fokuseras dock här endast på om offret varit berusad eftersom gärningsmannens eventuella berusning saknar betydelse för det här arbetet.

Trots att våldtäkt inte på långa vägar är något nytt samhällsfenomen, finns det förhållandevis lite forskning om brottsoffer i våldtäktsmål. I en studie från 80-talet, där fokus visserligen låg på gärningsmännen, tillfrågades männen om deras offer var påverkade av alkohol eller droger vid gärningstillfället. Svaret de gav visade en överraskande hög siffra, att uppemot varannan kvinna faktiskt varit påverkad.⁹⁵

⁹² SOU 2001:14 s. 51

⁹³ SOU 1981:64 s. 39-40

⁹⁴ BRÅ, Leif Petersson

⁹⁵ Hedlund, s. 89

En jämförelse med Perssons rapport, en av få svenska undersökningar som finns i Sverige, visar att uppskattningen att mer än varannan kvinna var påverkad vid gärningstillfället är något överskattad. Hans bedömning är att majoriteten av offren inte var påverkade av vare sig narkotika eller alkohol. Och för minoriteten, som utgjorde någonstans mellan 30- 40 %, fanns det gradskillnader av hur pass påverkade de var. En mycket liten del var så kraftigt berusade att de var näst intill medvetlösa, medan antalet ringa påverkade och kraftigt påverkade fördelade sig något så när jämnt. I nästan samtliga fall var offren påverkade av alkohol som inte alltför sällan konsumerats i sällskap med gärningsmannen.⁹⁶ Utländska studier visar liknande resultat.⁹⁷

Med all respekt till de studier Persson presenterat är materialet idag nästan tjugo år gammalt. Den kritiske kan fråga sig: hur pass aktuella är uppgifterna idag och hur pass tillförlitliga är de? Eftersom det saknas statistik om hur frekvent förekommande alkoholpåverkan hos offret är i samband med våldtäktsbrott, är hans rapport det enda som finns att tillgå. Brottsförebyggande rådet för ingen statistik om alkoholpåverkan och några senare kriminologiska undersökningar på området har heller inte gjorts. Det finns dock en rapport, visserligen gjord i ett annat syfte, som talar för att andelen kraftigt berusade kvinnor vid ett sexuellt övergrepp kan komma att öka. Rapporten som är gjord av Systembolaget, visar att kvinnors alkoholkonsumtion ökat drastiskt de senaste åren. Även dryckesmönstret har ändrats, kvinnor av idag dricker i större utsträckning som karlar. Vad som menas med det maskulina dryckesmönstret är att konsumtionen ökar och sker allt oftare efter varje tillfälle. Kontrollen över konsumtionen minskar.⁹⁸ Rapporten, vars främsta syfte är att vara en varningsklocka till unga kvinnor att se över deras alkoholvanor, kan också användas i detta arbete som en potentiell riskfaktor för att problemet med sexualbrott i kombination med alkohol kommer att eskalera.

7. 3 Behov av lagändring

Ovan förda resonemang ger vid handen att våldtäktsbrottsligheten är omfattande i Sverige. Det finns heller inte några signaler på att den kommer att minska. Den förekommande brottsligheten tillsammans med Systembolagets rapporter om kvinnors ökade alkoholvanor både i mängd och tillfällen, visar att det är bara en tidsfråga förrän nästa "Södertäljefall" eller "Rissnefall" inträffar. Om domstolarna kommer att tillämpa lagen bättre än de två tidigare är svårt att spekulera om, men klart är i varje fall att det finns ett *intresse* som idag inte skyddas. Det finns ett behov av en bättre lagtillämpning och klarare lagstiftning.

Som behandlades i avsnitt 1.2 är det i straffrätten utomordentligt viktigt att medborgaren kan förutse vilka handlingar som är belagda med straff, enligt legalitetsprincipen. Svårigheten idag att bedöma vad som menas med exempelvis ett "hjälpöst tillstånd" lär inte bli lättare om olika domstolar tillämpar begreppet olika, något som Södertäljefallet illustrerar. Sexualbrott är, till skillnad från många andra brott, ofta väldigt känsloladdade. Det är inte alldeles otänkbart att domarens objektivitet testas på ett helt annat sätt än övriga brottmål. För att inte moral eller känslor ska påverka utgången av domen är det därför ännu viktigare här att lagen präglas av klarhet och precision. Förutsebarheten får inte naggas i kanten.

⁹⁶ SOU 1981:64 s. 160

⁹⁷ Johansson, Svensk Juristidning 1986 s. 425 f. f

⁹⁸ Systembolaget, s. 12

8. SAMTYCKE ELLER TVÅNG?

I det material som hittills presenterats har det framgått att det finns vissa svagheter med gällande sexualbrottslagstiftning och tillämpningen av den. Ett av de största problemen med lagen är att allmänhetens tolkning av sexualbrott skiljer sig från den juridiska. Det finns ett spänningsförhållande mellan rätten och moralen som torde ha sin bakgrund i att rätten är en experträtt, relativt komplicerad, som människor i allmänhet saknar kunskap om. Det allmänna rättsmedvetandet utgår från bristen på samtycke vid en definition av en våldtäkt, medan den juridiska utgångspunkten är att det är tvånget som aktualiserar en våldtäkt. De olika perspektiven är dock så pass lika att de båda ser våldtäkt som en moralisk förkastlig form av sexualakt. Skillnaden ligger i bedömningen av vilken *typ av handling* som utgör det moraliskt förkastliga.⁹⁹ Frågan som debatterats länge, har nu utretts av sexualbrottskommittén.¹⁰⁰ Ska våldtäktsbrottet fokusera på tvång eller samtycke? Deras svar presenteras efter mitt eget inlägg i följande avsnitt.

8. 1 Fördelar

Ett förslag om att ansvar för våldtäkt borde aktualiseras om kvinnan inte gett sitt samtycke, är inte endast intressant om offret var berusad vid gärningstillfället. Allt fler studier pekar på att kvinnor ”väljer” att inte göra motstånd och medvetet underkastar sig mannens krav som en strategi för att överleva övergreppet.¹⁰¹ Ett dyrbart sätt att köpa sitt liv kan tyckas, men brottsofferforskning visar att flertalet kvinnor faktiskt reagerar så vid en våldtäktssituation.¹⁰² Följaktligen behöver inte gärningsmannen använda något våld som tvång för att driva igenom sin vilja. En stor skillnad föreligger dock mellan en kvinna som är kraftigt berusad och en som inte är det. För det senare offret kan gärningsmannen fällas för våldtäkt, även om inget våld använts, om domstolen finner att det förelåg ett *hot* som tvingat kvinnan till den sexuella handlingen. Något krav i gärningsbeskrivningen till våldtäktsstadgandet på att kvinnan ska ha gjort aktivt motstånd finns som sagt var inte. Men den kraftigt berusade kvinnan, då? Vad händer med henne? Som redogjordes för i avsnitt 6, är berusningen *i sig* inte något hinder för att en gärningsman kan dömas för att ha begått en våldtäkt. Lagen skyddar *teoretiskt* sett kvinnor som män, berusade eller inte. Men i praktiken måste ändå en skillnad göras mellan en kraftigt berusad kvinna och en nykter kvinna. Den förra är ett mycket mer *tacksamt* offer. Gärningsmannen behöver sannolikt inte använda våld i samma utsträckning, som om offret var opåverkad, för att tvinga henne till samlag. En lealös kropp gör inget motstånd. Och oavsett om våld använts gentemot en kvinna som befinner sig i vanmakt eller ett hjälplöst tillstånd, aktualiseras inte ansvar för våldtäkt eftersom våldet inte är *kausalt* i den meningen att den utgör ett medel för tvånget. Gärningsmannen kan naturligtvis straffas för det våld han använt genom 3:5 BrB och 3:6 BrB samt för 6:3 BrB genom att otillbörligt utnyttjat hennes tillstånd sexuellt. Men i realiteten kommer

⁹⁹ Burgess-Jackson, s. 89

¹⁰⁰ Dir. 1998:48, s. 7

¹⁰¹ Statens Rättsläkarstation, s. 12

¹⁰² Dir. 1998:48, s. 8

ansvar för våldtäkt på den här punkten alltså ofta vara uteslutet, även om kränkningen måste anses vara den samma.¹⁰³

Vad gäller hot som tvång för samlag, blir även här resultatet detsamma. För att en gärningsman ska kunna fällas till ansvar för våldtäkt genom hot, fordras att hotet innebär eller framstår som trängande fara för den hotade. Det finns således ett kvalitetskrav på vilken typ av hot som kan konstituera ansvar för våldtäkt, ett krav på att kvinnan verkligen blir rädd samt ett krav på att hotet är kausalt tvång till samlaget. En kraftigt berusad kvinna, som inte är vid sina sinnens fulla bruk, torde sällan bli så rädd att hon fruktar fara för liv eller hälsa. Allmänt bekant minskar våra hämningar och förstånd vid berusning. Och även den kvinna för vilken hotet framstått som trängande fara, torde ha svårt att i en rättegång återberätta händelseförloppet om hur hon upplevt situationen. Risk finns för att en gärningsman kan frias på den grund att offret inte kan redogöra för vad som hänt på grund av minnesluckor till följd av alkoholen. Om verkligen hotet inneburit eller framstått som trängande fara blir således svårare att bevisa i ett våldtäktsmål där offret varit berusat. Kommenteras bör att undersökning av praxis visar att det är mycket sällan som en gärningsman fälls på den grunden att han använt hot som ett medel, ofta väljer åklagaren att i gärningsbeskrivningen ta upp att ett betvingande skett genom våld.¹⁰⁴ Sammanfattat kan sägas, om än något elakt, att en gärningsman gör klokt i att välja en berusad kvinna framför en nykter sådan.

De argument som talar för att våldtäkt borde bygga på samtycke istället för tvång är:

1. Framförallt för att uppnå en *enighet* mellan juridiken och allmänhetens syn på våldtäkt. Varför den senare väljer att fokusera på icke frivilligt och inte på tvång, handlar om olika ideologiska värderingar. De menar att en sexuell handling mot någons vilja är alltid en våldtäkt oavsett om våld, hot eller betvingande skett som tvång. Det spänningsförhållande som finns idag mellan det allmänna rättsmedvetande och lag kan elimineras genom en sådan förändring, något som får ses som ett stort värde i en demokrati.¹⁰⁵

2. Som skäl kan även anföras den orättvisa behandling för de situationer då ett sexuellt utnyttjande som begåtts ter sig *lika straffvärd* som en våldtäkt, men på grund av lagtextens utformning inte kan klassas som en sådan och således ej bestraffas enligt samma straffskala. Även om straffet för grovt sexuellt utnyttjande har höjts¹⁰⁶ finns ändå stora skillnader i utdömande av påföljd mellan brotten. Minimistraffet för normalgraden, där domstolen ofta väljer att lägga sig¹⁰⁷, av brott skiljer sig ändå från sex månaders fängelse till två år.

3. Även *offrets behov* av upprättelse är ett annat tungt argument för att bristen på samtycke borde räcka för att en våldtäkt ska anses föreligga. Ordet våldtäkt säger något helt annat än vad sexuellt utnyttjande gör, något som får betydelse för kvinnan för att slippa känna skuld till det inträffade. Även om lagen i sig inte utgör något hinder mot att en berusad kvinna blir våldtagen har faktisk tillämpning av den visat att sådana fall hamnar under 6:3 BrB, möjligen beroende

¹⁰³ Katarina Pålsson

¹⁰⁴ SOU 2001:14 s. 117

¹⁰⁵ JuU1986/87:3, s. 3

¹⁰⁶ Prop. 1994/95:2

¹⁰⁷ Leijonhufvud, s. 3

på en vantolkning¹⁰⁸ av förarbetsuttalanden om att 6:3 BrB aktualiseras då offret är kraftigt berusad.¹⁰⁹ Varför bör man då ändra 6:1 BrB och inte gå på domstolens linje som Södertälje och Rissne att få in brottet under 6:3 BrB?

Ur ett brottsofferperspektiv är den lösning domstolen förespråkar rent förkastligt. Poängen med uppsatsen är att en kvinna inte ska kunna ses som medvållande till ett sexualbrott längre. Det vill säga har hon själv förtärt spriten får hon skylla sig själv och att sexuellt utnyttjande är det enda brott som aktualiseras. Genom att ändra utformningen av lagtexten i 6:1 BrB till att omfatta brist på samtycke kan den delen av problematiken lösas.

4. Ett ytterligare argument för denna förändring är att sexualiteten bygger på *samförstånd och ömsesidighet*. Det följer av den semantiska betydelsen av ordet samlag. Att såsom i Södertäljefallet använda den unga kvinnan som ett medel för gärningsmannens egna enkelriktade tillfredsställelse, är ur moralisk synvinkel minst sagt klandervärt.

5. Som ett ytterligare argument ska här göras en parallell till sexuella övergrepp mot barn. I de två rättsfallen NJA 1993 s 310 och NJA 1993 s 616 dömdes gärningsmännen för våldtäkt av Högsta Domstolen, även om det var tveksamt om något tvång förelegat. I det första fallet fann domstolen det utrett att mannen legat på flickan och hållit hennes armar över huvudet på henne. De omständigheter tillsammans ansåg domstolen utgöra att gärningsmannen genom våld tilltvingat sig ett samlag och fällde honom således för våldtäkt. Det andra rättsfallet, där tvångsbegreppet vidgas ännu mer, rörde ett fall då gärningsmannen hållit ett grepp om flickans midja i ett låst badrum. Domstolen fann även här att gärningsmannen genom våld tilltvingat sig ett samlag. Utan att alltför detaljerat gå in på rättsfallet, bör nämnas att tvång kan ha förelegat genom att gärningsmannen skapat en hotsituation genom att låsa badrumsdörren och med det som medel tvingat flickan till samlag. Den prövningen gjordes inte av Högsta Domstolen, som senare kom att kritiseras för att ha tänjt på tvångsbegreppet. Som Wennberg skriver i sin debattartikel, handlar det inte längre om den man som häver sig över offret och genom sin kroppstyngd låser fast henne, utan om en man som höll ett grepp om midjan.¹¹⁰ Dessa rättsfall liknar Södertäljefallet på så sätt att känslor och moral antagligen har haft en stor påverkan när dom avkunnades. Precis som i Södertäljefallet kan syftet tyckas nobelt, men om juridiskt korrekt är mer tveksamt.

Anledningen till att dessa rättsfall tas upp här är för att jag anser att man kan göra en jämförelse mellan ett barns förstånd och en kraftigt berusad kvinnas *förstånd*. Båda två är tacksamma offer för en gärningsman som önskar att brottet han begår bedöms så lågt som möjligt. Samma grad av våld fordras inte (om ens något) och de är heller ej kapabla att på samma sätt som en vuxen nykter människa att känna igen en hotsituation¹¹¹. Dock skyddas barnet på ett helt annat sätt än den målgrupp jag valt att behandla på det sättet, att om ett övergrepp mot ett barn inte kan bedömas som våldtäkt kan man alltid falla tillbaka på sexuellt utnyttjande av underårig enligt 6:4 BrB. Så är det ej för vuxna, faller något rekvisit för våldtäkt kan man inte automatiskt gå på 6:3 BrB eftersom brottet *inte*

¹⁰⁸ Katarina Pålsson

¹⁰⁹ Prop. 1994/95:105, s. 26

¹¹⁰ Wennberg, Juridisk Tidskrift 93-94 s. 497

¹¹¹ SOU 2001:14 s.19

är *subsidiärt* till 6:1 BrB, utan är sidordnat med det. De har som tidigare nämnts två olika skyddsintressen, där 6:3 BrB avser att skydda personer som av ett eller annat skäl befinner sig i en situation där de inte kan lämna något samtycke, i princip ett medvetenlöst tillstånd. Detta är tanken bakom paragrafen, något sekundärt brott som 6:2 BrB är till våldtäkt handlar det inte om här.

6. Det sista argumentet som här tas upp är att lagstiftaren bör verka för att fokuseringen på offrets beteende förskjuts till gärningsmannen. Hur full offret var, drack fem eller femton öl ska ej vara det centrala. Genom den sexuella förnedring kvinnan redan gått igenom, är det av stor vikt att hon slipper ytterligare en sådan förnedring i rättegången.

Det kan i detta sammanhang påpekas att det finns utländsk lagstiftning där straffbestämmelser om våldtäkt är utformade med samtycke som utgångspunkt. I engelsk rätt kan ansvar för våldtäkt aktualiseras när gärningsmannen vet att kvinnan inte samtycker till samlag eller att han är likgiltig till om personen samtycker.¹¹² Straffbestämmelserna har haft den utformningen sedan 1970-talet, men deras "caselaw" går ännu längre bak i tiden.¹¹³ Även om svensk rätt har djup förankring i tvångsbegreppet, finns alltså rättssystem vars sexualbrottslagstiftning ytterst baseras på kvinnans rätt till sexuell integritet. Ett nej är ett nej!

8. 2 Nackdelar

Vad kan ett straffstadgande om våldtäkt som bygger på bristen av samtycke få för följder? Kommer män att bli rädda för att ha samlag med kvinnor? Ligger det något i det Leif Silbersky uttalade sig om för några år sedan att: "Om man kräver att kvinnan klart och entydigt ska ha svarat ja till ett samlag – då skulle det inte bli många samlag i Sverige per natt"? Eller kommer männen att begära att kvinnan skriver på ett intyg att hon var villig till att ha samlag?¹¹⁴ Nej, verkligheten ser nog inte så bisarr ut. Som redovisades för i avsnitt 7. 1, var antalet falska anmälningar och anmälningar som grundade sig på missförstånd mycket lågt. Risken för att kvinnor i någon större utsträckning falskeligen skulle anmäla männen för våldtäkt och att de skulle få svårt att bevisa att samtycke förelåg utan ett intyg, är ett argument av lägre dignitet. Här bör även tilläggas det faktum att våldtäktsbestämmelsen faktiskt är könsneutral. Varje form av ändring kommer även männen till godo, åtminstone rent formellt. Men det finns andra negativa konsekvenser av att bygga denna straffbestämmelse utifrån bristen på samtycke. Konsekvenser som även drabbar brottsoffret.

1. Ett av de värden som omnämndes i föregående avsnitt om att det finns ett behov av att ändra *fokuseringen* från brottsoffret till gärningsmannen, riskerar att gå om intet och till och med försämrats om ändringen skulle genomföras. Om nu bristen på samtycke skulle vara tillräcklig för att konstituera ansvar för våldtäkt innebär det att frågan om samtycke förelegat blir en oerhörd stor del i rättegången. Hur offret agerat, sagt och kanske till och med klätt sig är omständigheter som skulle få en betydande bevisverkan. Har offret exempelvis inte gjort något motstånd, som idag heller inte krävs enligt gällande lagstiftning,

¹¹² Dir. 1998:48, s. 8

¹¹³ Katarina Pålsson

¹¹⁴ Boethius, s. 32

är det inte alldeles omöjligt att detta tas som en presumtion i bevishänseende för att kvinnan samtyckt till den sexuella handlingen. Något som rimmar mycket illa med de rapporter som tidigare presenterades om att många kvinnor medvetet väljer att inte göra något motstånd och underkasta sig mannen för att överleva angreppet. Det finns således en risk för en *tillbakagång* som rättsläget såg ut innan reformen genomfördes 1984 och att det mål som åsyftades där med att gärningsmannens handlande skulle vara det centrala helt försvinner.¹¹⁵ Denna baksida motverkar således de värden av den förändring som förespråkades i tidigare avsnitt och kan inte på något sätt negligeras.

2. Det uppstår också en *logisk svårighet* att lösa för den ”målgrupp” jag valt att behandla, nämligen hur kan en kraftigt berusad kvinna som befinner sig i vanmakt eller med vanmakt direkt jämförbart tillstånd lämna sitt samtycke när hon av lagstiftarens ansetts inte förstå innebörden av samtycket? Ett krav för att samtycket ska vara giltigt är att den samtyckande är kapabel att förstå innebörden av ett samtycke. Ett krav på att personen dels ska ha uppnått en viss mognad och dels ha en någorlunda korrekt verklighetsuppfattning. Endast då är handlingen rättsenlig och brott föreligger inte, ”volenti non fit iniuria”.¹¹⁶ Eftersom 6:3 BrB, och 6:4 BrB för den del, är konstruerade som *övergrepp* gentemot de personer som behöver ett särskilt skydd, åtnjuter offret straffrättsligt skydd även om denne medgivit gärningen eller tagit initiativ till den. Offret kan alltså inte drabbas av anstiftan eller medhjälp.¹¹⁷ Hur kan dessa regler pusslas ihop till en logisk sammanhängande kedja? En möjlig lösning, som inte alls ter sig särskilt tillfredställande, skulle vara den att rätten i efterhand skulle fastställa ett hypotetiskt samtycke. Troligtvis skulle en sådan lösning förkastas då hypotetiskt samtycke i sig använts i helt andra situationer och även där använts mycket sparsamt.

3. Som argument mot samtycket som grund vid våldtäktsbrottet bör även nämnas svårigheten att *gradera* brotten.¹¹⁸ Det kan tyckas som om de argument som nämndes i 1976-års häftigt kritiserade betänkande smittats av här, om att det är en skillnad mellan en överfallsvåldtäkt och en våldtäkt där kvinnan följt med in i mannens lägenhet. Men det är inte den distinktionen som avses här, som jag för övrigt anser förlegad att separera. Här menas i stället att det är en skillnad ur straffvärdesynpunkt om mannen använt kraftigt våld för att tvinga kvinnan till samlag eller om mannen haft samlag med kvinnan mot hennes vilja. Våldtäkt som är ett sammansatt brott förutsätter att våld eller hot använts som tvång för att driva igenom den sexuella handlingen. Något ytterligare ansvar för våldet eller hotet torde i princip inte kunna åläggas gärningsmannen, då de konsumeras av sexualbrottet.¹¹⁹ Att dessa två olika typer av gärningar skulle ha samma straffskala kan te sig stötande. Indirekt skulle det betyda att gärningsmannen erbjöds att ”gratis” slå sitt offer, något som naturligtvis inte kan accepteras i svensk rätt. Rent semantiskt torde framgå ur begreppet våldtäkt att någon form av tvång eller våld med andra ord fordras. Någon tas med våld. Med en sådan

¹¹⁵ Katarina Pålsson

¹¹⁶ Jareborg, Brotten I s. 254

¹¹⁷ Jareborg, Brotten I s. 309

¹¹⁸ Katarina Pålsson

¹¹⁹ Jareborg, Brotten I s. 327

utgångspunkt kan man hävda att det är ologiskt att kalla ett brott för våldtäkt om brottsbeskrivningen inte innehåller något moment av vare sig våld eller hot.

4. Även det faktum att begreppet tvång har en *djup förankring* i svensk sexualbrottslagstiftning får anses vara ett argument av någorlunda tyngd, som om det ändrades skulle bryta systematiken helt och hållet i 6 kap i brottsbalken.

5. Det finns även *tillämpningssvårigheter* med att det straffrättsliga ansvaret skall baseras endast på att målsägande inte lämnat sitt samtycke. Bestämmelsen om våldtäkt tillämpas på såväl rena överfallsvåldtäkter som på övergrepp som begås mellan *äkta makar*. Våldtäkt inom äktenskap blev kriminaliserat först vid Brottsbalkens införande 1965. Att våldtäkt mellan makar inte skall bedömas lindigare än annan våldtäkt klargjordes inte förrän den genomgripande reformen 1984.¹²⁰

Folkhälsoinstitutet publicerade en undersökning om ”Sex i Sverige” för ett tag sedan. En av de frågor som ställdes till den intervjuade var om han eller hon någon gång varit med om sexuella handlingar utan att själv vilja det, exempelvis för husfridens skull. Frågan avsåg dock inte huruvida man *tvingats* därtill, i undersökningen fanns andra frågor som rörde regelrätta övergrepp. Av kvinnorna svarade 28 % och av männen 15 % jakande på frågan om de åtminstone vid något tillfälle ställt upp och deltagit i sexuella aktiviteter som de inte önskade.¹²¹

Resultatet kan tolkas på det sättet att det finns tillfällen, framförallt inom etablerade relationer, när parterna visserligen inte vill ha sexuell umgänge men trots allt samtycker till detta. Dock kan man hävda att samtycket inte är giltigt eftersom det inte avspeglar personens vilja utan snarare är ett uttryck för en slags underkastelse. Inte sällan är sexuella övergrepp ett vanligt inslag i det våld som kvinnor utsätts för i hemmet. Det som komplicerar bilden är att kvinnan och mannen kan ha ett vanligt samliv vid sidan av våldet och de andra övergreppen. Sexualiteten är mångfacetterad och det kan finnas tillfällen då parterna inte ens talar med varandra före ett sexuell umgänge. Eftersom det är tillräckligt med att lämna ett tyst inre samtycke torde även ett bristande samtycke kunna lämnas tyst.¹²² Klart är att en bestämmelse där endast ett bristande samtycke från offret är avgörande för skuldfrågan, måste naturligtvis i den praktiska tillämpningen anpassas till de olika situationerna. Att bedöma övergreppssituationer där parterna känner varandra väl eller är tillfälligt bekanta med varandra, såväl homosexuella som heterosexuella handlingar på samma sätt torde vara en omöjlighet med en sådan utformning.

Ovan förda argument visar således att konsekvensen av en lagändring inte på något sätt enbart är positiv. Att ändra våldtäktsbestämmelsen till att bygga på samtycke får fler negativa följder än positiva för både brottsoffer och svensk rättssäkerhet då målen i ännu större grad än idag kommer att tampas med svåra bevisfrågor.

¹²⁰ SOU 2001:14 s. 124

¹²¹ SOU 2001:14 s. 130

¹²² SOU 2001:14 s. 134

8.3 Kommitténs inställning

Enligt Dir. 1998:48 ingick det i kommitténs uppdrag att utreda och analysera huruvida bristen på samtycke skall vara avgörande för ansvar för våldtäkt i stället för våld eller hot. Frågan om bestämmelsen om våldtäkt skall baseras på tvång eller på bristande samtycke är avgörande för utformningen av hela 6 kapitlet och påverkar systematiken och lagtekniken i övrigt.

En bestämmelse som innebär att ansvar för våldtäkt kan utkrävas redan om det inte finns ett samtycke kan anses vara en naturlig fortsättning av rättsutvecklingen inom sexualbrottslagstiftningen. Som skall visas anser även kommittén att en sådan reglering medför särskilda svårigheter.

1. Även kommittén anser att det finns särskilda *tillämpningssvårigheter* med en bestämmelse om våldtäkt inriktad på bristande samtycke. Likt den diskussion som fördes i avsnitt 8.2 punkt 2 argumenterar kommittén utifrån problematiken med en målsägande som haft särskilda svårigheter att klargöra att hon inte har samtyckt. Som exempel ges hur rättsordningen skall kunna skydda berusade människor från att våldtas. Även för prostituerade gör sig bevisssvårigheterna gällande och de båda grupperna riskerar sålunda att hamna utanför rättsskyddet. Det skulle nämligen kunna invändas att en prostituerad kvinna som säljer sin kropp därmed redan har samtyckt till ett sexuellt umgänge. Frågan uppkommer då hur en prostituerad i så fall skall kunna freda sig.¹²³

2. Enligt 24:7 BrB utgör en gärning som någon begår med samtycke från den mot vilken den riktas, ett brott endast om gärningen med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter, är oförsvarlig. Denna bestämmelse om samtyckets betydelse för ansvarsfrihet är visserligen inte tillämplig när det framgår av ett enskilt straffbud vilken verkan ett samtycke har. Användningen och tolkningen av ett samtycke i en våldtäktsbestämmelse bör naturligtvis vara förenliga med allmänna regler om samtyckets betydelse i straffrätten. Som kommittén funnit uppstår här ett problem genom *svårigheten att definiera ett samtycke*.¹²⁴

Kort sammanfattat krävs för giltighet att samtycket lämnats av någon som är behörig, som förstår innebörden, att det har lämnats frivilligt, är allvarligt menat och har lämnats med full insikt om relevanta förhållanden. Se även avsnitt 8.2 punkten 2. Samtycket ska föreligga vid gärningen. Genom att det inte finns något krav på att samtycke skall ges i någon särskild form är det således tillräckligt med ett tyst inre samtycke. Detta gäller som tidigare nämnt även motsatsvis. Se avsnitt 8.2 punkten 5. Genom att även det bristande samtycket kan "uttryckas" tyst uppstår ett problem avseende den misstänktes rättssäkerhet med en våldtäktsbestämmelse som är utformad efter bristen på samtycke. Hur ska en gärningsman kunna freda sig mot ett tyst bristande samtycke? För att gärningsmannens uppsåt skall anses klarlagt måste han åtminstone ha förstått att offret inte ville ha sexuellt umgänge.

En möjlig lösning, som kommittén dock snabbt avfärdar, vore att införa en särskild bevisregel. Exempelvis skulle domstolen vid bedömningen av om det sexuella umgänget varit frivilligt enbart ha att beakta vissa särskilda omständigheter. Kommittén menar dock att en sådan regel ändå inte skulle tillföra

¹²³ SOU 2001:14 s. 130

¹²⁴ SOU 2001:14 s. 133

särskilt mycket och dess lämplighet i förhållande till principen om den fria bevisvärdering torde inte vara förenlig.¹²⁵ Att fog finnes för deras resonemang sägs utan större tveksamhet.

Den andra möjliga lösningen på tillämpningsproblemet vore att begära av offren att de klart och tydligt sade ifrån. Med beaktande av den brottsofferundersökning som redovisats för hur brottsoffrens reaktion tämligen uteslutande bestått i underkastelse synes ett sådant krav orealistiskt högt ställt. Att begära att någon i en skräckfylld och kaotisk övergreppssituation skall göra rationella överväganden och uttrycka dem är inte på något sätt rimligt.

3. Kommittén menar liksom jag att det uppstår en svårighet att *gradindela* de olika gärningarna. Se avsnitt 8.2 punkten 3. En våldtäktsbestämmelse som har sin utgångspunkt i endast ett bristande samtycke från offrets sida får naturligtvis ett mycket vidare tillämpningsområde än den nu gällande straffbestämmelsen. Avgränsning eller gradindelning vore således lämpligt om våld eller andra försvårande omständigheter föreligger.¹²⁶

4. En kriminalisering har till syfte att påverka människor från att avstå från handlingar som samhället anser vara skadliga eller förkastliga. Kriminaliseringen anses även vara betydelsefull på så sätt att den har en moralförstärkande eller *normerande verkan*. Att det allmänna rättsmedvetandet har sin utgångspunkt i att allt sexuellt umgänge som sker sedan den ena parten sagt nej är en våldtäkt, har redogjorts för i avsnitt 8. Kan en kriminalisering vars främsta syfte är allmänpreventivt påverka människors moral att avstå från sexualbrott? Kommittén ställer sig tveksam till att en reglering endast baserad på bristande samtycke skulle medföra en förstärkning av kvinnornas rättsställning.¹²⁷ Instämmande anser jag att det vore att fästa alltför stor tilltro till straffrätten genom att anta att allmänpreventionen skulle förstärkas, särskilt med tanke på att det redan idag råder ett krav på tvång.

5. Kommittén tar även upp argumentet att *kravet på tvång redan är uttunnat* i dagsläget. Det kan tyckas som om tvångskravet i nuvarande våldtäktsbestämmelse är mycket högt ställt. Men som redogjorts för i avsnitt 4. 2 är kravet inskränkt till att gärningsmannen betvingar offrets kroppsliga rörelsefrihet. Ett ringa våld bestående i att sära på offrets ben som spjärnat emot eller att hålla fast offret genom att ligga på henne har bedömts som tillräckligt tvång av Högsta domstolen flera gånger. Se bland annat NJA 1988 s. 40.

Det problem som kan uppstå om kravet på tvång helt och hållet skulle slopas kan vi åter se genom att ta lärdom av nutida brottsofferundersökningar. Om nu offren för sexuella övergrepp inte vågar eller förmår att bjuda motstånd vare sig i handling eller ord, skulle denna underkastelse lätt kunna blandas ihop med ett samtycke. Visserligen skulle ett utrett tvång tala för att samtycke inte förelåg, men också målsägandes handlingar och uppträdande skulle behöva utredas närmre. Det förhållandet att det finns ett krav på tvång innebär att det ställs lägre krav på hur

¹²⁵ SOU 2001:14 s. 134

¹²⁶ SOU 2001:14 s. 125

¹²⁷ SOU 2001:14 s. 129

målsägande agerat än om motsatsen var gällande. Utredningen kan genom gällande lagstiftning således inrikta sig på gärningsmannens handlande.¹²⁸

6. Ett av de tyngsta argument som kommittén tar upp för ett bibehållande av tvång i våldtäktsbestämmelsen är den konsekvens som tidigare redogjorts för om *offrets ställning i processen*. Frågan om offret har lämnat sitt samtycke till det sexuella umgänget skulle bli en central del i brottsutredningen om man baserar våldtäktsbrottet på endast bristande samtycke. Visserligen så prövas den frågan tämligen ingående redan idag med gällande lagstiftning. Detta kan dock ha fler förklaringar. Eftersom det för ansvar krävs att gärningsmannen tilltvingat sig det sexuella umgänget ligger i detta ett krav på att det sexuella umgänget har skett mot den andra personens vilja eller samtycke. Om det finns ett giltigt samtycke är det inte våldtäkt. Kommenteras bör här att 24:7 BrB använts subsidiärt i förhållande till om rekvisiten för 6:1 BrB inte är uppfyllda. Ett exempel kan få illustrera tankegången: antag att en prövning skall göras huruvida en man med *absolut tvång* tilltvingat sig samlag med en kvinna. Se avsnitt 4. 2. Har kvinnan kunnat ingripa men valt att låta bli föreligger inget tvång. Hon har inte nödgats tåla samlaget. Till grund för resonemanget ligger inte den allmänna ansvarsfrihetsgrunden samtycke, utan det handlar om att *kraven för ett absolut tvång inte är uppfyllda*. (En annan sak är det om kvinnan inte varit förhindrad att göra motstånd men på grund av rädsla eller liknande avstått därifrån. Ett *relativt tvång* kan i så fall ha förelegat, om det var hotsituationen som fick kvinnan att ställa upp på samlaget.) Resonemanget blir annorlunda vid följande exempel. Antag att en man häver sig över kvinnan och låser fast hennes rörelsefrihet. Kvinnan har inget emot samlag med mannen. Tvång föreligger i den meningen att hon inte kunnat förhindra samlag, men ansvar för våldtäkt är uteslutet på grund av att hon tyst samtyckt till handlingen. För denna typ av situation blir *ansvarsfrihetsgrunden samtycke* i 24:7 BrB tillämplbar.¹²⁹

Hur vanlig är då en invändning om att samtycke förelåg? Det har ibland påståtts att denna invändning är relativt vanlig. Men påståendet bekräftas inte av kommitténs praxisundersökning. I endast tio av 122 tingsrättsdomar har den tilltalade gjort en sådan invändning.¹³⁰

Om våldtäktsbrottet baseras på endast ett bristande samtycke kommer av naturliga skäl offrets beteende och agerande före övergreppet att tillmätas stor betydelse i processen. Det finns en risk för att ovidkommande hänsyn tas till hur kvinnor bör eller inte bör få uppträda. En risk för att klädsel samt andra irrelevanta omständigheter i alltför hög grad påverkar den juridiska bedömningen. Kommittén påpekar att domstolen är skyldig att se till att inget onödigt dras in i målet enligt 46:4 RB och vid införande av en ny lagstiftning baserad på bristande samtycke måste detta i så fall understrykas ytterligare.¹³¹

7. De argument som angavs i ovanstående stycke medför enligt kommittén en *risk för en tillbakagång* av rättsläget såsom det såg ut innan 1984. Även om en reformering av bestämmelsen våldtäkt på det angivna sättet av flera skäl kan anses följa rättsutvecklingen, finns det en stor risk för att en sådan reform i praktiken kan vrida rättsutvecklingen tillbaka. Som angavs i avsnitt 8. 2 punkten 1

¹²⁸ SOU 2001:14 s. 126

¹²⁹ Wennberg, Juridisk Tidskrift 93/94 s. 493

¹³⁰ SOU 2001:14 s. 633

¹³¹ SOU 2001:14 s.127

innebär en sådan reform att den rättsliga prövningen kommer att fokusera på offret och huruvida hon lämnat samtycke eller inte. Det betyder, som tidigare nämnt, att frågor som rör hur kvinnan markerat att hon inte var intresserad av något sexuellt umgänge måste utredas. Vad som har skett före övergreppet och vilket förhållande parterna hade eller har haft får en allt större betydelse. Detta skulle innebära att omständigheter om kvinnans eventuella *berusning* skulle behöva utredas närmre.¹³²

Eftersom lagstiftaren i förarbetena till 1984 års reform tog avstånd från sådana omständigheter som medfört att kvinnan bedömts som medvållande, vore det minst sagt tragiskt med en återgång som man i all väsentlighet försökt komma ifrån.¹³³

Sammanfattningsvis anser kommittén att det även fortsättningsvis bör krävas att gärningsmannen med våld eller hot tilltvingat sig den sexuella handlingen. Det främsta skälet härtill är risken för att brottsutredningen kan komma att fokuseras alltför mycket på offret. Hur offret uppträdde eller markerade att hon inte var intresserad av ett sexuellt umgänge skulle få ökad betydelse för att få klarhet i om det förelegat ett samtycke. Risken för en tillbakagång till det rättsläge som var innan 1984 års reform har varit avgörande för kommitténs ställningstagande. Att en reglering byggd på samtycke dessutom är förenad med betydande tillämpningssvårigheter och i övrigt inte passar brottsbalkens systematik, har också påverkat kommitténs beslut.

I följande avsnitt skall resten av kommitténs förslag kommenteras. Ett urval har dock skett då deras omfattande betänkande även behandlar förslag till ändringar som saknar relevans för detta specifika område. Anledningen till denna uppdelning är endast för att underlätta för läsaren då mina egna kommentarer kring samtycke och tvång varit tämligen omfattande. Bakgrunden till det beror naturligtvis på att frågan har en central roll för uppsatsen samt att det finns ett eget intresse att djupgående analysera tvångets *contra* samtyckets roll i våldtäktsstadgandet.

9. KOMMITTÉNS FÖRSLAG TILL NYTT 6 KAP BrB

Sexualbrottskommittén avslutade sitt uppdrag den 6 mars 2001 och i betänkandet föreslås att 6 kapitlet BrB ersätts med ett nytt. En del av de ändringar som föreslås kommer att diskuteras i detta avsnitt då de får stor betydelse för det ämnesområde jag valt att behandla, om dessa godtas. Kommittén har som huvudgripande mål arbetat utifrån att stärka den sexuella självbestämmanderätten och den sexuella integriteten. Genom att följa den rättsutveckling som påbörjats har de arbetat utifrån att skapa en reglering som fokuserar mindre på vilken typ av sexualhandling det varit frågan om och mer på den sexuella kränkningen.¹³⁴

De delar som behandlas här är kommitténs förslag att slopa kravet på råntvång och ersätta det med olaga tvång, deras utformning av 6:1 och 6:3 BrB, borttagandet av begreppen vanmakt och hjälplöst tillstånd samt vad som menas med sexuell handling. De olika delarna kommer att diskuteras tämligen ingående trots att det återstår att se hur remissinstanserna bemöter deras förslag innan det ens kan bli aktuellt med ett lagförslag. Beroende på dess omfattande och delvis

¹³² SOU 2001:14 s. 128

¹³³ Prop 1983/84:105 s. 20

¹³⁴ SOU 2001:14 s. 13

reformerande förslag finns det dock all anledning att diskutera förslaget redan på detta stadium.

Innan betänkandet närmre behandlas skall sexualbrottskommitténs lagförslag till nytt våldtäktsstadgande och sexuellt utnyttjande presenteras. Deras utformning har relevans för alla de fyra delar som skall diskuteras i det här avsnittet, varpå de här inledningsvis tas upp. Kommittén föreslår att 6:1 BrB skall ha följande lydelse:

För **våldtäkt** döms den som med våld eller hot tvingar annan person till en sexuell handling som är allvarligt kränkande med hänsyn till tvångets art eller omständigheter i övrigt. För våldtäkt döms också den som av en annan person tilltvingar sig en sådan sexuell handling genom att utnyttja att denna person inte har förmåga att värja sig på grund av berusning eller ett liknande tillstånd eller den hotfulla situation han eller hon befinner sig i. Straffet är fängelse i lägst två och högst sex år.

Om brottet är grovt, döms för grov våldtäkt. Vid bedömningen av om brottet är grovt skall det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt farligt våld, eller använt hot som har varit ägnat att framkalla allvarlig fruktan för liv eller säkerhet hos offret, har utnyttjat offrets särskilt utsatta situation, eller annars har visat särskild hänsynslöshet samt om brottet har begåtts av flera gärningsmän. Straffet är fängelse i lägst fyra och högst tio år.

Om sexuella övergrepp mot barn som inte har fyllt femton år finns särskilda bestämmelser i 6-8 § §.

Kommittén föreslår att 6:3 BrB ska ha följande lydelse:

För **sexuellt utnyttjande** döms den som genomför en sexuell handling med en annan person och därigenom utnyttjar att personen står i beroendeställning till gärningsmannen, lider av psykisk störning, eller i annat fall än som sägs i 1 § första stycket andra meningen inte har förmåga att värja sig. Straffet är fängelse i högst fyra år.

Detsamma gäller den som genomför en sexuell handling med någon som inte har fyllt arton år och

1. som är avkomling till gärningsmannen.
2. som står under fostran av eller har ett liknande förhållande till gärningsmannen eller,
3. för vars vård eller tillsyn gärningsmannen skall svara på grund av myndighets beslut.

Om brottet är grovt, döms för grovt sexuellt utnyttjande. Vid bedömningen av om brottet är grovt skall det särskilt beaktas om gärningsmannen har visat särskild hänsynslöshet eller om brottet har begåtts av flera gärningsmän. Straffet är fängelse i lägst två och högst sex år.

Om sexuella övergrepp mot barn som inte har fyllt femton år finns särskilda bestämmelser i 6-8 § §.

9.1 Lägre grad av tvång

I avsnitt 8. 3 klargjordes att kommittén menar att det även i fortsättningen bör krävas att gärningsmannen genomfört den sexuella handlingen med tvång. Vad som är nytt i deras betänkande är deras förslag på att ett olaga tvång eller utpressningstvång bör räcka för ansvar för våldtäkt.¹³⁵

Olaga tvång föreligger enligt 4:4 BrB när någon genom misshandel eller annars med våld eller genom hot om brottslig gärning tvingar en annan person att göra, tåla eller underlåta något. Även när någon med sådan verkan utövar ett tvång genom hot att åtala eller ange någon för brott eller att om annan lämna menligt meddelande kan, om tvånget är otillbörligt, ansvar för olaga tvång komma ifråga.

Som argument för en lagändring menar kommittén att de i sin praxisundersökning funnit att kravet på tvång i bestämmelsen om våldtäkt inte skiljer sig något nämnvärt från vad som föreskrivs i straffbestämmelsen om olaga

¹³⁵ SOU 2001:14 s. 162

tvång.¹³⁶ Viss hållbarhet i deras argument finns om man gör en jämförelse med 6:1 BrB andra stycket där det bland annat sägs att om brottet med hänsyn till våldets eller hotets art är mindre allvarligt skall straffet sättas lägre än vad som föreskrivs i straffskalan för normalgraden av våldtäkt. Innebörden av detta tvång ligger materiellt nära innebörden av olaga tvång. Emellertid bör det observeras att kommittén, likt många av sina föregångare, missuppfattat tvångsbegreppet genom att klassificera situationen att gärningsmannen hotar offrets barn som ett utövat *råntvång*.¹³⁷ Se avsnitt 4. 2. Med ett sådant perspektiv är det inte svårt att förstå varför kommittén anser att gränsen mellan råntvånget i 6:1 BrB och olaga tvång i 6:2 BrB mer eller mindre suddats ut. Om det sedan verkligen förhåller sig så är en annan sak. Klart är att tillämpningsområdet för sexuellt tvång minskat sedan lagändringen 1998 när tillämpningsområdet för våldtäkt utvidgades genom att begreppet sexuellt umgänge utvidgades. Men att använda 6:2s minskade tillämpningsområde som argument för att slopa kravet på råntvång och ersätta det med olaga tvång är föga övertygande och heller inte särskilt logiskt.

För vad skulle en sådan ändring medföra? När det gäller graden av våld innebär den diskuterade ändringen att kravet på våld å person, det vill säga misshandel och andra former av fysiskt betvingande inte längre utgör ramen för vilken typ av våld som krävs, utan även att ofredandevåld såsom att rycka i en annans arm, knuffa undan eller hålla fast någon ryms därom. Kommittén har visserligen rätt i att graden på det våld som idag fordras redan är lågt.¹³⁸ Eftersom ett betvingande av den andres kroppsliga rörelsefrihet ryms inom begreppet våld å person, är det för våldtäktsansvar tillräckligt att gärningsmannen med sina kroppskrafter sårar på kvinnans ben som hon genom att försöka värja sig knipit ihop. Men att använda det som argument för att ytterligare sänka graden på tvång är svårt att förstå. Det synes som de argument som användes mot en ändring där ett bristande samtycke ensamt skulle vara tillräckligt för våldtäktsansvar helt gått om intet. För ligger det inte en skillnad i straffvärde om gärningsmannen använt råntvång eller olaga tvång som medel för det sexuella umgänget? Behov av gradindelning som i avsnittet om samtycke hade stor betydelse torde även göra sig gällande här. Se avsnitt 8. 3 punkten 3.

Kommitténs förslag innebär att tvång som nu ska kunna genomdrivas med hot. Men skillnaden mot gällande rätt är kvalifikationen på hotet. Istället för kravet på att hotet skall ha inneburet eller framstått som trängande fara, bör det enligt kommitténs mening räcka med att hotet är utpressningsliknande. Följden av att tvångskravet revideras innebär således att andra typer av hot än vad som idag omfattas av våldtäktsbestämmelsen i det enskilda fallet kan bedömas om tillräckliga för att medföra ansvar för våldtäkt. Exempelvis står det i kommentaren till olaga hot att hot om brottslig gärning också omfattar att någon tvingar en annan genom våld som riktar sig mot den andres *egendom*.¹³⁹ Att bedöma en sådan situation likt den när någon med våld eller hot som för den drabbade innebär fara för *liv eller hälsa* ter sig mycket främmande. Kommittén garderar sig visserligen med att ange att inte vilket ringa hot som helst kan konstituera ansvar för våldtäkt. Fortfarande finns ett krav på kausalitet, det vill säga att hotet ska vara medlet som gärningsmannen använt för det sexuella umgänget. Som exempel skriver kommittén att det naturligtvis inte bör bedömas

¹³⁶ SOU 2001:14 s. 140

¹³⁷ SOU 2001:14 s. 49

¹³⁸ SOU 2001:14 s. 139

¹³⁹ Holmqvist m fl, s.207

som ett hot om någon påstår att han inte tänker städa, i syfte till att få en annan person att medverka i sexuella handlingar.¹⁴⁰ Men oavsett kommitténs gardering om att inte vilka hot som helst bör omfattas av våldtäktsbestämmelsen finner jag det föga övertygande att utpressningsliknande hot bör bedömas på samma sätt som den kvalificerade typ av hot som råder enligt gällande rätt idag. Ett exempel på hur en våldtäktssituation skulle kunna se ut med en reformerad bestämmelse enligt kommitténs önskemål, vore om en man hotade en kvinna som vistades här i landet utan uppehållstillstånd att avslöja den olagliga vistelsen med påföljd att hon kan komma att utvisas. Att använda ett sådant hot och därefter genomföra ett samlag med kvinnan skulle enligt kommitténs mening utgöra en våldtäkt och således också ha samma straffvärde.¹⁴¹

Man kan nog inte annat än att hålla med om att beteendet är klandervärt och bör straffas men att rubricera situationen ovan som en våldtäkt är svårare. Någonstans finns ändå ett val, när fara för liv eller hälsa inte föreligger.

9.2 Gränsen mellan 6:1 och 6:3 BrB

Den andra genomgripande förändring som kommittén föreslår gäller en utvidgning av våldtäktsbestämmelsen så att den med ett reformerat innehåll även skall omfatta gärningar som idag bedöms under 6:3 BrB. Med andra ord föreslår kommittén att en gärningsman som tilltvingar sig en allvarligt kränkande sexuell handling med en annan person genom att utnyttja att denna person inte har förmåga att värja sig dömes för våldtäkt.¹⁴² Vad förslaget innebär är således att en del av bestämmelsen i 6:3 BrB bryts ut och förs över till 6:1 BrB. Vidare innebär deras förslag att 6:3 BrB skall tillämpas subsidiärt i förhållande till 6:1 BrB till skillnad från idag då de båda straffstadgandena är likställda. Enligt direktiven ingick det i kommitténs uppdrag att utreda hur lagstiftningen bäst kan skydda berusade offer och istället för att behålla den nuvarande ordningen var detta den lösning de föredrog.

Kommittén menar att eftersom den som enligt gällande rätt *försätter* någon i vanmakt eller annat sådant tillstånd och därefter utnyttjar detta tillstånd till att genomföra en sexuell handling kan straffas för våldtäkt, bör även ett otillbörligt *utnyttjande* av ett redan rådande tillstånd bedömas på samma sätt. Vidare menar de att endast den omständighet att det bara är själva försättandet som jämföras med våld, ej utgör skäl nog att för att deras förslag bör förbises. Kommittén vill således att det inte längre ska vara någon skillnad om gärningsmannen försatt offret i detta tillstånd eller om han utnyttjar ett redan befintligt tillstånd.¹⁴³

Det kan instämmas till deras argumentation att det inte är en *väsentlig* skillnad mellan att försätta någon i vanmakt eller annat tillstånd och sexuellt utnyttja detta mot att utnyttja ett redan rådande sådant tillstånd. I äldre doktrin ansågs det emellertid så vara fallet.¹⁴⁴ Den tidens kvinnosyn var dock något helt annat än vad den är idag. Se avsnitt 6. Men inte heller en modern lag som syftar till att stärka kvinnans rättsskydd kan blunda för det faktum att, även om skillnaden inte är väsentlig, är det trots allt en skillnad mellan de båda. Våldtäkt är som bekant ett sammansatt brott, det vill säga för ansvar krävs att det är två olikartade handlingar

¹⁴⁰ SOU 2001:14 s.163

¹⁴¹ SOU 2001:14 s. 164

¹⁴² SOU 2001:14 s. 164

¹⁴³ SOU 2001:14 s.172

¹⁴⁴ Hoflund s. 81

som åtföljs av varandra. Se avsnitt 4. Systematiken med våldtäktsstadgandet går med kommitténs förslag helt om intet. För vad skulle en sådan ändring innebära? Som diskuterades i avsnitt 8. 2 punkten 3 medför en ändring som rubricerar våldtäkt i vissa situationer om två moment uppfyllts och i andra situationer om endast ett moment uppfyllts en orättvis straffvärdebedömning. Att den som påträffat en kvinna som befinner sig i vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd och utnyttjar hennes tillstånd sexuellt, skall straffas på samma sätt som den gärningsman som med grovt våld tvingat en annan till samlag är orimligt.

Som ett andra argument för deras föreslagna ändring menar kommittén vara att den *kränkning* som en berusad kvinna utsätts för när någon otillbörligt genomför samlag eller sexuellt umgänge jämförligt med samlag med henne, är lika stark som den som utsätts för ett påtvingat samlag.¹⁴⁵ Det finns en poäng i deras argumentation om man tänker att den som blivit utsatt för ett sexuellt övergrepp inte har varit medveten om vad som har hänt eller vad gärningsmannen gjort med offret. Att detta torde medföra särskilda svårigheter att bearbeta övergreppet är något som naturligtvis bör beaktas i bedömningen av den föreslagna ändringen. I kommitténs praxisundersökning har en jämförelse gjorts mellan de skadestånd som tillerkänns offer för våldtäkt respektive sexuellt utnyttjande. Där fann man i två fall som rörde sexuellt utnyttjande att det skadestånd som dömdes ut motsvarade det som döms ut i våldtäktsmål. Motiveringen löd att kränkningen var lika allvarlig som den vid en våldtäkt. Även det faktum att Brottsoffermyndighetens praxis har samma belopp för integritetskränkningen vid våldtäkt och sexuellt utnyttjande talar för att kränkningen är lika allvarlig.¹⁴⁶

Mot dessa argument bör det anföras att även om kränkningen är densamma vid de båda brotten medför inte detta med automatik att det är fråga om *samma* brott. Vi rubricerar inte brottet stöld som rån beroende på om den som blivit bestulen upplevt kränkningen lika stor som den som utsatts för ett rån. Jämförelsen må ej vara den bästa då sexualbrott rör brott mot person och den senare brott mot egendom. Vad som avses är dock att det finns en skillnad i handling från gärningsmannens sida, oberoende offrets kränkning. Det rör sig om två olika brott, där det ena förutsätter att ett tvång utövats medan den andra att ett utnyttjande har skett. I det första fallet har gärningsmannen med två olikartade handlingar gjort sig skyldig till brott och i det andra fallet har handlingen endast inneburit ett moment. Det är således mer logiskt att behålla den uppdelning som redan råder. Enligt straffrättens systematik anses det generellt mer allvarligt med ett våldsutövande än ett utnyttjande. De argument som kommittén anført om att den kränkning som offer för sexuellt utnyttjande upplever, istället talar för att en höjning av straffskalan i 6:3 BrB borde aktualiseras om det kan fastslås att straffet inte motsvarar gärningarnas verkliga straffvärde.

Ett problem som uppstår med den av kommittén föreslagna ändringen blir *samtyckesfrågan*. Som redogjorts för i avsnitt 4. 4 utesluter samtycke ansvar för våldtäkt men är inte tillämpligt för sexuellt utnyttjande. Den lösning som föreslås är inte tilltalande på något sätt. Kommittén som kort berör problematiken menar att samtycke även i fortsättningen ska utesluta ansvar för brott när medlet är våld eller hot, men inte i de situationer där ett tilltvingande skett av den som inte har förmåga att värja sig.¹⁴⁷ Samtycket kommer således att få olika betydelse för samma typ av brott! Med en sådan lösning faller deras eget argument om att

¹⁴⁵ SOU 2001:14 s.173

¹⁴⁶ SOU 2001:14 s.174

¹⁴⁷ SOU 2001:14 s.178

utnyttjandet av någon som inte har förmåga att värja sig är att anse som en form av tvång genom att offret tvingas tåla något som han eller hon inte har förmåga att reagera över.¹⁴⁸ För om en sådan situation vore att bedömas som ett tvång torde samtycke kunna utesluta ansvar även på denna punkt. Problemet synes inte vara ordentligt genomtänkt då dess lösning är otillfredsställande och lämnar många frågor obesvarade.

Innan detta avsnitt avslutas skall *subsidiariteten* behandlas. Förslaget kommittén presenterat innebär att det endast är vissa hjälplösa tillstånd som skall skyddas av bestämmelsen i 1 §. I nästföljande avsnitt skall kommitténs syn på begreppen vanmakt och hjälplöst tillstånd närmre utredas. Redan här kan dock kommenteras att de har för avsikt att byta ut begreppen mot ”den som inte har förmåga att värja sig på grund av berusning eller liknande tillstånd”. Kommittén påpekar att vanmakt eller annat hjälplöst tillstånd också kan omfatta andra typfall än medvetlöshet på grund av berusning. Som exempel ges att någon är sovande eller gravt fysiskt funktionshindrad. För dessa typfall menar kommittén att det inte föreligger samma starka skäl att uttryckligen föra in dem under våldtäktsbestämmelsen, även om det inte kan uteslutas att också en sådan situation i ”något fall” kan rymmas under våldtäktsbestämmelsen.¹⁴⁹ Var denna gräns skall gå blir slutligen domstolens sak att avgöra. Att det här leder till särskilda gränsdragningsvårigheter säger sig självt. En annan gränsdragningsvårighet för domstolen ligger i att avgöra om den sexuella handlingen är *allvarligt* kränkande. Om så inte är fallet kan 6:3 subsidiärt vara tillämplig. Samma krav på allvarligt kränkande ska inte ställas upp i den reformerade bestämmelsen.¹⁵⁰ Ett exempel på det gränsdragningsproblem som kan uppstå vid bedömningen av om den sexuella handlingen är allvarligt kränkande eller inte, ges med det fallet att en gärningsman med tvång förmått en mycket berusad kvinna att onanera åt honom. Kommittén säger i ett avsnitt att en sådan situation inte är allvarligt kränkande och därför bör bedömas under 6:3 BrB¹⁵¹ men motsäger sig själva senare i ett annat avsnitt där de menar att omständigheterna i det enskilda fallet får avgöra om brottet skall rubriceras under 6:1 eller 6:3.¹⁵²

Sammanfattningsvis medför den föreslagna ändringen många svårlösta problem och de skäl som kommittén har argumenterat utifrån saknar hållbarhet i mångt och mycket. Det bör också understrykas att riksdagen tidigare avfärdat en ändring som att reglera sexuellt utnyttjande i 6:1 BrB, även om de varit ense om att brottet många gånger kan anses jämförligt med våldtäkt ur straffvärdesynpunkt.¹⁵³

9.3 Vanmakt och hjälplöst tillstånd

I föregående avsnitt behandlades kommitténs förslag att byta ut begreppen vanmakt och hjälplöst tillstånd mot en mer beskrivande skrivelse. Enligt deras förslag bör lydelsen vara ”den som inte har förmåga att värja sig på grund av

¹⁴⁸ SOU 2001:14 s. 178

¹⁴⁹ SOU 2001:14 s. 177

¹⁵⁰ SOU 2001:14 s. 196

¹⁵¹ SOU 2001:14 s. 196

¹⁵² SOU 2001:14 s. 188

¹⁵³ JuU 1986/87:3 s. 15

berusning eller liknande tillstånd”. Som argument för denna ändring menar kommittén vara vanmaktsbegreppets ålderdomlighet och dess sällan åberopade tillämpningsområde.¹⁵⁴ Enligt den praxisundersökning som gjordes av Sexualbrottskommittén i samband med uppdraget bekräftas att domstolarna regelmässigt använder ”annat sådant tillstånd” eller ”hjälplost tillstånd” och därefter beskriver vilken typ av tillstånd det har varit frågan om i det enskilda fallet. I domar som avser sexuellt utnyttjande används inte uttrycket vanmakt alls.

Att vanmaktsbegreppet sällan åberopas av domstolarna torde bero på svårigheten att definiera begreppet. Visserligen uttalade Högsta domstolen i Södertäljefallet att begreppet vanmakt hade en tämligen klar innebörd, medan begreppet hjälplost tillstånd lämnade ett visst utrymme för tolkning hos domstolen. Södertäljefallets prejudikatvärde har diskuterats i tidigare kapitel men oberoende av dess betydelse kan det med relativt stor säkerhet sägas att varken vanmaktsbegreppets innebörd eller skiljelinje gentemot begreppet hjälplost tillstånd är särskilt klar. Vilket i sig är en omständighet som talar för en ändring som nu föreslås.

Dock finns det en stor risk för att rätten med den skrivning som föreslås, stirrar sig blint på om offret varit berusat och att prövningen om våld eller hot har förekommit hamnar i skymundan. Den trend som redan kan skönjas i domstolarnas praxis, om att offrets berusningsgrad har fått avgörande betydelse i val av brottsrubricering, riskerar att eskalera. Eftersom kommittén inte avser någon ändring i materiellt avseende med den nya lydelsen¹⁵⁵ finns det en risk att dessa höga krav medför att gärningsmannen går fri om prövningen av våld eller hot inte görs när offret varit berusat, men inte tillräckligt berusat. Ett inte alldeles otänkbart scenario om berusning direkt skrivs ut i lagtexten som ett tillstånd som kan bedömas liknande ett tillstånd av vanmakt eller annat hjälplost tillstånd. Det torde vara helt naturligt för domstolen att i så fall först pröva frågan om hon varit så berusad att hon inte kunnat värja sig och möjligen därefter om någon form av tvång förekommit eftersom det nu uttryckligen anges i lagtexten. Den särbehandling som har varit av berusade kvinnor tenderar med kommitténs förslag bli ännu större och medföra oönskade följder.

9.4 Sexuell handling

Kommittén föreslår att uttrycket sexuellt umgänge i lagtexten bör ersättas med uttrycket sexuell handling. Innebörden skall vara densamme men en viss utvidgning bör dock ske. Kränkningen av offret skall få en större betydelse vid prövningen om ett beteende skall bedömas som en sexuell handling.¹⁵⁶

Uttrycket sexuellt umgänge har från språkliga utgångspunkter tidigare blivit kritiserat. Kvinnovåldskommissionen från 1995 föreslog att uttrycket ”tvingar annan till samlag eller därmed jämförligt sexuellt umgänge” skulle ersättas med ”tilltvingar sig samlag eller på annat sätt sexuellt *utnyttjar*” (min kursivering). Syftet var ett tydliggörande av att våldtäkt är ett övergrepp.¹⁵⁷

Både Kvinnovåldskommissionen och Sexualbrottskommittén har rätt i att ordet umgänge är ett positivt laddat ord. I normalt språkbruk torde ”sexuellt umgänge” ge uttryck för ett frivilligt och ömsesidigt handlande mellan två personer. Men när det förekommer i lagtexten i bestämmelserna i 6 kapitlet brottsbalken är det dock

¹⁵⁴ SOU 2001:14 s.175

¹⁵⁵ SOU 2001:14 s. 174

¹⁵⁶ SOU 2001:14 s. 144

¹⁵⁷ SOU 1995:60 s. 273

fråga om en beskrivning av ett brott. Det finns således pedagogiska skäl för en ändring som bättre beskriver våldtäktsbrottet som en gärning bestående av ett ensidigt handlande och som utgör en sexuell kränkning.

Mot dessa argument kan det invändas att uttrycket ”sexuellt umgänge” har en väl förankrad innebörd i förarbeten och praxis. Regeringen har redan tidigare ställt sig skeptisk till en ändring av uttrycket och motiverat deras avvisande med uttryckets etablering.¹⁵⁸ Det kan också invändas att begreppet ”sexuell handling” har rent semantiskt en vidare innebörd än ”sexuellt umgänge”. Även det en orsak till att Regeringen tidigare avvisat föreslagna ändringar av uttrycket.

Kommittén är kritisk till att gällande lagstiftning leder till att domstolarna tvingas lägga alltför stor tonvikt vid om handlingen har haft tillräcklig *varaktighet* och vill därför föreslå en utvidgning av uttrycket.¹⁵⁹ Men har varaktigheten den avgörande betydelse kommittén menar? Nedan följer ett antal rättsfall där Högsta domstolen bedömt handlingar som sexuellt umgänge trots att varaktigheten är tveksam.

I NJA 1991 s. 228 hade en man berört en åttaårig pojkes penis vid några tillfällen. Beröringarna hade pågått i högst *20 sekunder*. Men eftersom pojken hade fått erektion drog HD den slutsatsen att det inte varit fråga om några flyktiga beröringar. Det *upprepade* beteendet och mannens särskilda *auktoritet* medförde att handlingarna bedömdes som sexuellt umgänge.

I NJA 1992 s. 585 hade en man vid ett tillfälle fört sitt finger fram och tillbaka på sin ettåriga sondotters könsorgan. Ett vittne som iakttagit händelsen intygade att beröringen varat högst mellan *tio till femton sekunder*. Högsta domstolen bedömde att handlingen haft *en tydlig sexuell innebörd* och att den inte kunde anses som en mer flyktig beröring. Handlingen bedömdes som sexuellt umgänge.

I NJA 1993 s. 616 hade en gärningsman bland annat smekt en tioårig flickas bröst under hennes tröja och hennes könsorgan utanpå kläderna. Mannen var också åtalad för andra brott och HD menade att dessa *beröringar ingått som ett led i ett mer omfattande övergrepp* mot flickan och att de inte varit flyktiga utan av sådan varaktighet att flickan hunnit känna obehag. Handlingarna bedömdes som sexuellt umgänge.

Det framgår av rättsfallen att domstolen beaktar den föreliggande situationen i sin helhet vid bedömningen av om en handling skall anses utgöra sexuellt umgänge. Att det finns ett krav på att sexuellt umgänge omfattar en direkt varaktig beröring av den andres könsorgan medför inte att varaktigheten får *avgörande* betydelse vid prövningen om sexuellt umgänge föreligger.

Kommittén är även skeptisk till att de lege lata avgränsar uttrycket sexuellt umgänge till handlingar som avser en *fysisk* varaktig beröring.¹⁶⁰ Kommittén föreslår därför en ändring och menar att även handlingar som inte innefattar en fysisk beröring skall omfattas av det nya uttrycket sexuell handling, om handlingen har haft en påtaglig sexuell prägel och att den har varit ägnad att kränka offrets sexuella integritet. Andra förhållanden, såsom ett antal upprepade tillfällen bör vägas in i bedömningen.

¹⁵⁸Prop. 1997/98 s.91

¹⁵⁹SOU 2001:14 s. 144

¹⁶⁰SOU 2001:14 s. 150

Även här finns det praxis som visar att gällande lagstiftning lämnar utrymme för det kommittén är skeptisk till.

I NJA 1996 s. 46 hade en gärningsman under sex års tid vid upprepade tillfällen utfört vissa sexuella handlingar mot sin styvdotter. Flickan var i tioårsåldern när övergreppen inleddes. De sexuella handlingarna bestod i att gärningsmannen hade gnidit sitt könsorgan mot flickans bröst eller lår. Både gärningsmannen och offret hade alltid haft *kläder på sig*. Vid de olika tillfällena satt flickan i gärningsmannens knä eller låg framför honom i en säng eller soffa. Gärningsmannen fick vid flera tillfällen utlösning. HD ansåg att gärningsmannen *systematiskt* under lång tid använt offrets kropp som ett hjälpmedel för att bereda sig sexuell tillfredsställelse. Trots att ingen hade varit naken om underlivet hade handlingarna haft en *påtaglig sexuell prägel* och också innefattat *en allvarlig kränkning av offrets sexuella integritet*. Handlingarna bedömdes som sexuell umgänge.

Det bör poängteras att 6:1 BrB inte omfattar allt sexuell umgänge. Paragrafen lyder den som tvingar någon annan till samlag eller till annat sexuell umgänge, om gärningen med hänsyn till kränkningens art och omständigheterna i övrigt är *jämförligt* med ett påtvingat samlag. Kommitténs förslag går ut på att det för ansvar för våldtäkt bör krävas att den sexuella handlingen är allvarligt kränkande, medan detta krav inte bör ställas upp i en ny bestämmelse om sexuell utnyttjande. Den utvidgning som kommittén föreslår genom att ersätta sexuell umgänge med sexuell handling innebär en del absurda konsekvenser. NJA 1996 s. 418 ska få illustrera tankegången.

I detta rättsfall hade Högsta domstolen anledning att pröva om vissa handlingar skulle bedömas som sexuell umgänge eller som sexuell ofredande. Målsägande i det här fallet var den åtalades sambo. Mannen hade vid några tillfällen när hans sambo låg och sov och/eller varit berusat klätt av henne, blottat och fingrat på hennes könsorgan samt särat på hennes blygdläppar. Mannen hade onanerat samtidigt. Utlösningen hade han låtit hamna på kvinnans kropp. Han hade också videofilmat det hela och använt filmerna vid senare tillfälle som onaniobjekt. Han stod åtalad för sexuell utnyttjande alternativt sexuell ofredande men frikändes. Till att börja med konstaterade domstolen att det inte utgör något brott att utan samtycke fotografera någon annan. Domstolens majoritet bedömde vidare att beröringen inte varit av sådant slag att den tilltalade kunde anses ha haft sexuell umgänge med kvinnan. Det förhållande att han onanerat och släppt utlösningen över henne kunde inte föranleda en annan bedömning. Åtalet för sexuell utnyttjande kunde därmed inte bifallas. Inte heller åtalet för sexuell ofredande kunde bifallas eftersom de var handlingar som sambon och han brukade företa och således hade han inte uppträtt anstötligt mot henne. Ett Justitieråd var skiljaktig och menade att handlingarna i sin helhet var att anse som sexuell umgänge.

En situation motsvarande den i rättsfallet skulle med en ny bestämmelse om sexuell utnyttjande omfattas av lagrummet. Kommittén menar att de aktiviteter som mannen i rättsfallet hade ägnat sig åt är handlingar som skall bedömas som

sexuella handlingar.¹⁶¹ Dock menar kommittén att om parterna i förväg har kommit överens om att sådana handlingar är ”tillåtna” bör handlandet inte medföra straffansvar! Något elakt kan sägas att förslaget innebär en utvidgning av straffbestämmelsen med möjlighet till friskrivning för den förutseende. Det säger sig själv att avtal inte hör hemma i en bestämmelse som syftar till att skydda personer som av olika anledningar inte kan värja eller skydda sig själva.

10. SAMMANFATTNING

Det finns offer som har beskrivit sina känslor i samband med en våldtäkt på ett sätt som om det vore ett krig. Offret är inte bara kränkt utan menar att gärningsmannen invaderat både kropp och själ. Övergreppet har liknats vid andra påfrestningar som framkallar kriser exempelvis att få kännedom om att man bär på en allvarlig sjukdom eller besked om att en nära anhörig har gått bort. Känslan av att tappa fotfästet i tillvaron är gemensam för dem som hamnar i kris och alltså även för dem som blivit offer för ett sexuellt övergrepp. Att övergreppet är fasansfullt och kränkande råder ingen tvekan om.

Sexualbrotten är ett känsloladdat ämne och det är kanske ännu viktigare här att inte låta känslorna göra en blind för verkligheten. Vad som kan tyckas vara en bra tanke behöver inte alltid få det resultat man önskat sig. Kommitténs betänkande kan vara ett exempel på detta då det blivit hyllat inom kvinnorörelsen men mer eller mindre sågat av den juridiska professionen.

Det finns ett behov av lagändring men de av kommittén föreslagna ändringarna innehåller alltför många brister och negativa följder än vad deras avsikt var. Det har visats genom arbetets gång att den största svagheten inte ligger i lagens utformning utan i dess tillämpning av den. Vad det i sin tur beror på kan säkert delvis förklaras genom att lagen inte är så klar som den en gång var. Det finns ett behov av en *klarare* lagstiftning men inte en total reform av 6 kapitlet som föreslås av kommittén.

Under arbetets gång har frågan om fördelar och nackdelar med en våldtäktsbestämmelse baserad på bristen av samtycke besvarats. Trots att det finns ett värde i att juridiken är förankrad i det allmänna rättsmedvetandet kan det inte ske på bekostnad av en tillbakagång till det rättsläge som var innan reformen 1984. En våldtäktsbestämmelse baserad på bristen på samtycke avvisades efter en noggrann analys.

Frågan om en kvinna kan bli våldtagen svarades jakande på efter en analys av tvångsbegreppet enligt gällande lagstiftning. I samma avsnitt följde en jämförelse mellan våldtäkt enligt 6:1 BrB och sexuellt utnyttjande enligt 6:3 BrB där vanmaktsbegreppet behandlades utförligt.

Uppsatsen avslutas med ett citat från Susan Brownmiller om att ”A world without rapists would be a world in which women moved freely without fear of men”.¹⁶² För oavsett sexualbrottslagstiftningens utformning kommer våldtäktsbrottsligheten alltid att bestå, men det är upp till oss att göra vårt bästa för att förhindra den.

¹⁶¹SOU 2001:14 s. 197

¹⁶²Brownmiller, s.174

LITTERATURFÖRTECKNING

OFFENTLIGT TRYCK

SFS 1984:3999

SFS 1992:147

Prop. 1983/84:105 *Ändring i brottsbalken m m (sexualbrott)*

Prop. 1991/92:35 *Om sexuella övergrepp mot barn m m*

Prop. 1992/93:141 *Ändring i brottsbalken*

Prop. 1994/95:2 *Ökat skydd för barn*

Prop. 1997/98:55 *Kvinnofrid*

JuU 1986/87:3 *Om lagregleringen av vissa sexualbrott*

SOU 1953:14 *Förslag till brottsbalk*

SOU 1976:9 *Sexuella övergrepp*

SOU 1981:64 *Våldtäkt*

SOU 1982:61 *Våldtäkt och andra sexuella övergrepp*

SOU 1988:7 *Frihet från ansvar*

SOU 1995:60 *Kvinnofrid*

SOU 2001:14 *Sexualbrotten – ett ökat skydd för den sexuella integriteten*

Ds 1996:28 *Remissammanställning av Kvinnofrid*

NJA II 1962

NJA II 1984

Dir. 1998:48

BÖCKER

Boethius M, *Att skylla sig själv*. 2:a upplagan. Uddevalla 1981

Burgess-Jacksson K, *Rape: a philosophical investigation*. Vermont 1996

Brownmiller S, *Våldtäkt*. Stockholm 1977

Groth A, *Män som våldtar*. Stockholm 1981

Hedlund E, *Våldtäkt - Vanmakt*. Göteborg 1983

Hoflund O, *Medvekan till brott*. Stockholm 1972

Holmqvist m fl, *Brottsbalken - en kommentar del 1*. 7:e upplagan. Stockholm 1998

Jareborg N, *Brotten - Första häftet*. 2:a upplagan. Stockholm 1984

Jareborg N, *Gärningslära*. Malmö 1995

Leijonhufvud M och Wennberg S, *Straffansvar*. 5:e upplagan. Stockholm 1997

Statens Rättsläkarstation, *Våldtäktsbrottslighet, barnmisshandel, polismisshandel*. Umeå 1976

Systembolaget, *Ge mig en drink, jag är rädd!* Stockholm 2000

TIDSKRIFTER

Johansson E, *Våldtäktsbrottslighet*. Svensk Juristtidning 1986 s. 401

Sutorius H, Den rättsliga prövningen av våldtäkt och kvinnors självbestämmanderätt. Juridisk Tidskrift 97-98 s. 1297

Wennberg S, *Bör våldtäkt alltid förutsätta tvång, även när brottsoffret är ett barn?* Juridisk Tidskrift 93-94 s. 491

Wennberg S, *Södertäljedomen och förhållandet mellan våldtäkt och sexuellt utnyttjande*. Juridisk Tidskrift 97-98 s. 506

Wennberg S, *Att välja och att vilja*. Juridisk Tidskrift 98-99 s. 523

ARTIKLAR

Eriksson P, *Den svenske domarens (o) självständighet*. Studiematerial i Civilprocessrätt vt 00 Göteborgs Universitet

Leijonhufvud M, *Överfallet i Rissne var våldtäkt*. Dagens Nyheter 000510

PERSONLIG KÄLLA

- Katarina Pålsson, Sexualbrottskommittén, december 2000
- Leif Petersson, Brottsförebyggande rådet, december 2000
- Roland Svensson, Advokatsamfundet, december 2000

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING

NJA 1981 s. 253

NJA 1988 s. 40

NJA 1991 s. 228

NJA 1992 s. 585

NJA 1993 s. 310

NJA 1993 s. 616

NJA 1996 s. 46

NJA 1996 s. 418

NJA 1997 s. 538

RH 10:81

RH 116:83

B 111-86 (Piteå-HovR)

B 3935-00 (Rissne-HovR)

B 285-00 (Rissne-TR)